

جامعة القاهرة

كلية الحقوق

رسالة دكتوراه

((وليخش الذين لو تركوا من
خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم
فليتقوا الله وليقولوا قولا
سديدا))

قرآن كريم

دراسة في

عَوَارِضُ الْأَهْلِيَّةِ

في

الشرعية الإسلامية

تأليف

حسين النوري

١٩٥٣

مطبعة جامعة القاهرة

١ شارع مصر - القاهرة

جامعة القاهرة

كلية الحقوق

رسالة دكتوراه

« وليخش الذين لو تركوا من
خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم
فليتقوا الله وليقولوا قولا
سديدا »

قرآن كريم

دراسة في

عَوَارِضُ الْأَهْلِيَّةِ

في

الشرعية الإسلامية

تأليف

حسين النوري

١٩٥٣

مطبعة جامعة القاهرة

١ مشايخ مقبولين بأشياء كاملة - ولا يجوز

K

.N8

المحكمون

رئيسي	صاحب الفضيحة الأستاذ الشيخ محمد أبوزهرة
عضو	صاحب الفضيحة الأستاذ الشيخ علي الحقيف
عضو	الأستاذ الدكتور محمد سامي مذكور

رسالة قدمت لجامعة القاهرة للحصول على لقب

«كتور في الحقوق» ونوقشت في ١٧ سبتمبر سنة ١٩٥٣.

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

وبعد ، فإنني أقدم هذه الرسالة بين يدي هذا الجيل ، ولا أدعي أنني بلغت بها حد الكمال ، ولكنني أستطيع أن أؤكد عن حق ، أنني اجتهدت في وضعها ما وسعني الجهد ، وما سمح لي الوقت مستهديا بآراء الأقدمين والمحدثين من الفقهاء . فهي رسالة لم تكن ثمرة مجهود لفرد واحد ، وإنما هي ثمرة جهود مدخرة من الماضي ، وجهود وليدة الحاضر ، تكاثفت جميعها على حفظ تراث الإسلام وتنميته ، وتسليمه إلى الأجيال المقبلة أمانة في عنق السلف إلى الخلف . أما السلف فقد حفظوا هذه الأمانة على مر الأجيال ، واشتروا في حفظها جميعا ، ومن العسير علينا أن نخص منهم عالما مجتهدا بذاته ، فقد أنكروا ذاتهم في سبيل العلم ، وتساووا في الاجتهاد والفقہ ، فكلهم قوم أجلاء وعلماء أفاضل لهم علينا الشكر والذكر الحسن . وأما الخلف فهم على سعة علمهم واطلاعهم ، قلة يستطيع الحصر أن يحيط بهم ، كرسوا حياتهم للدرس والبحث والتفقه ، فأضاءوا لنا السبيل ، ووجهوا آراءنا وجهة الصواب ، ولم يكن رائداً لهم سوى الرغبة في الوصول معنا إلى الحق .

فإذا كنت قد بلغت بهذه الرسالة درجة من الإتقان فإن جهدي إلى جانب من مضى من السلف ومن بقي من الخلف ، إنما هو جهد المقل المجتهد ، وأنا إذ أقدم رسالتي هذه إلى المحبين للبحث والعلم ، أرجو أن أكون قد حققت بها بعض ما يبتغون والسلام ؟

القاهرة في أول يوليو سنة ١٩٥٢ .

تمهيد

لم يشهد تاريخ التشريع اختلافا في أمر من الأمور التشريعية مثل الذي شهدته في موضوع الأهلية ، فالذي يستقرىء تاريخ الشرائع منذ العصور الأولى يحده حافلا بشتى الأحكام .

فالموضوع من حيث نطاقه يتسع أو يضيق بالقياس إلى كل شريعة من الشرائع ، فأنت ترى الرومان مثلا يدخلون في عداد الأهلية سلطة المرأة في إدارة أموالها ، بل كانوا في أحد عصور القانون الرومانى يضعونها تحت الوصاية الأبدية بحجة أنها ضعيفة العقل . وقريب من هذا الحكم مذهب مالك ، إذ يجعل تصرفاتها خاضعة لبعض القيود ، بحجة أنها غير رشيدة ، لقلة خبرتها في الحياة . بينما نرى بعض المذاهب الأخرى في الإسلام لا تسكاد تميز بين الرجل والمرأة في هذا الموضوع .

على أن الخلاف لم يقتصر على نطاق الموضوع فحسب ، وإنما شمله الاختلاف في كل تفصيلاته ، حتى بفرض الاتفاق على أصوله ، فأنت ترى التشريعات المختلفة ، والمذاهب المختلفة في التشريع الواحد ، تجمع على أن نوعا من الناس ناقص الأهلية ، ومع ذلك تختلف في مدى القيود الواجب فرضها علي تصرفاته ، كتصرفات السفهية وذى الغفلة وغيرهما .

ومهما يكن من شيء فإن التشريعات المختلفة مهما تباينت في أحكامها واختلفت في تفصيلاتها أو في أصولها إنما تهدف جميعها إلى الخير العام ، وهو حماية المستضعفين في الأرض ، وهم هؤلاء الطائفة الذين حرمتهم الطبيعة نعمة

العقل وحسن التصرف ، فهي متفقة الأهداف والأغراض ، وهي لا شك أهداف سامية وأغراض نبيلة .

وإذ عرفت أن المقصد السامى الذى تسمى إليه التشريعات بإخلاص هو حماية هؤلاء الضعفاء ، فإنه من اليسير أن نذكر لك أن هذه التشريعات وهي تحمى هؤلاء ، إنما تحاول أن توفق بين أمرين كلاهما له أهمية في حياة هؤلاء البائسين .

أما الأمر الأول فهو محاولة التشريع حماية ناقصى الأهلية من أنفسهم ، فهم قوم بحكم ضعفهم العقلى أو قلة مرانهم في الحياة يتصرفون تصرفات تسيء إلى أنفسهم ، فالجنون حين يبيع أو يشتري شيئاً معرض للغبن في بيعه وشرائه ، والمعتهو والسفيه وذو الغفلة قد يعرض لهم نفس الأمر ، لذلك رأت التشريعات المختلفة أن تضع قيوداً خفيفة أو ثقيلة تحد من تصرفاتهم ، مراعاة لمصلحتهم ، أو مصلحة من يتأثرون بحالتهم من ذوى القربى وغيرهم . هذه القيود معروفة في الاصطلاح الفقهي بقيود الأهلية .

أما الأمر الثانى فهو محاولة التشريع حماية ناقصى الأهلية من تصرفات من يلون الأمر بالنيابة عنهم . إذ لا شك أن القيود الواردة على تصرف شخص من الأشخاص لا تمنع التصرف منعاً باتاً ، وإنما تمنع الشخص نفسه من مباشرة التصرف وتكمله إلى غيره من القادرين ، سواء أكان ولياً أم وصياً أم قياً أم غير هؤلاء .

على أن التشريع لم يمنع صاحب الشأن من مباشرة تصرفاته بنفسه كي يعطيها لغيره من الناس دون حسيب أو رقيب ، وإنما جعلها لقوم يجب أن يكونوا قبل كل شيء معروفين بحسن التصرف أو يكون مفروضاً فيهم ذلك بحكم

صلاهم الطبيعية بهؤلاء البائسين ، كما أن التشريع لم يترك أمر هؤلاء لأولئك ،
موكولا لضمائرهم ، إذ النفس أمانة بالسوء ، والشيطان غالب على أمر كثير من
الناس ، والإنسان حول قلب ، لذلك وضعت التشريعات قيوداً خفيفة أو ثقيلة
على هؤلاء القوم .

هذه القيود معروفة في الاصطلاح الفقهي بقيود الولاية .

بين هذين الأمرين وجدت التشريعات المختلفة مجالاً للصناعة والفن
أمكنها بمقتضاه أن تحد من هذه القيود بحجة حرية الفرد ، وهذا هو المذهب
الشخصي ، أو أن تثقل من هذه القيود بحجة المصلحة وهذا هو المذهب المادى .
ونحن إذ نعرض لموضوع الرسالة وهو عوارض الأهلية نجد إزاءنا عليناً أن
نحدد معنى الأهلية ونبين نطاقها وطبيعتها حتى نتمكن من بحث العوارض
الطارئة عليها .

أما عن تحديد معنى الأهلية فقد ضربنا صفحاً عن ذلك المذهب الذى يرى
الأهلية تشمل جميع حقوق الإنسان وتصرفاته ، فهناك فى نظر هؤلاء أهلية
سياسية تشمل حقوق الإنسان فى التمثيل النيابى وفى الانتخاب ، وهناك أهلية
عامة أكثر شمولاً من هذه الأهلية وهى الأهلية العامة ؛ فهى تشمل عدا الحقوق
السياسية جميع الحقوق العامة كحق تولى الوظائف العامة فى الدولة والتمتع بكافة
الحريات التى تمنح عادة باعتبارها حقاً من حقوق الإنسان . وقصرنا بحثنا
على الأهلية المدنية أو المالية . وإن شئت فقل الأهلية فحسب ، وهو المعنى
المتداول فى كتب الفقه ، ولا يقصد به عند الفقهاء سوى هذه الأهلية المدنية .

ولم يكن بحثنا موضوع الأهلية وتحديد انحرافا منا عن موضوع الرسالة ،
وهو دراسة عوارض الأهلية ، ذلك بأن دراسة عوارض الأهلية يستثير لدى

الباحث موضوع الأهلية نفسه .

وإذ فرغنا من تحديد معنى الأهلية ، قمنا بتحديد عوارضها ، وهو أمر ليس باليسير المين على الباحث ؛ غير أننا مع احترامنا لآراء كثيرين من الفقهاء ممن سبقونا ، واحترامنا أيضاً لما جرى عليه العرف الفقهي منذ أمد بعيد في حشد كل ما يمس حقوق الإنسان المدنية وتصرفاته في كتاب واحد تحت عنوان الأهلية ، رأينا أن نسلك سلوكاً جديداً ، ونستن سنة نعتقد أنها أكثر دقة ، وإن كانت هذه السنة سوف تخرج من عداد البحث طائفة من الأمور لا يكاد يخلو منها كتاب من كتب الفقه القديمة أو الحديثة التي تعرضت لهذا الموضوع .

فالعارض في نظرنا طارئ غير عادي يعترى حياة الإنسان فيؤثر في أهليته سواء في اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات ، أو في مباشرة التصرفات المختلفة ، تأثيراً يأخذ في الغالب صفة الدوام إلى حد ما .

ووفقاً لهذا المذهب ، لا يدخل في عداد العوارض القهر والبلوغ ، فهما أمران عاديان يمر بهما كل كائن حي ، ونحن إن كنا تعرضنا لموضوعهما ؛ فقد فعلنا ذلك للدفاع عن وجهة نظرنا وللرد على أنصار المذهب التقليدي حتى يكون بحثنا متناسقاً .

ووفقاً لهذا المذهب أيضاً ، لا يدخل في عداد العوارض ما يعرف عند جمهور الفقهاء بعيوب الرضا كالإكراه والغلط ، ذلك بأن تأثير هذه العيوب لا يأخذ صفة الدوام والثبات إلى حد ما ، وإنما هو طارئ إن أثر في رضا الإنسان ، فإنما يكون تأثيره مؤقتاً وإن شئت فقل لا يدوم في الغالب أكثر من الوقت الذي يستلزمه إجراء التصرف المعيب .

وليس خروجاً على المذهب أيضاً ، أن يخرج من موضوع البحث تلك القيود التي يفرضها المشرع على تصرفات شخص من الأشخاص حماية لغيره من أصحاب المصالح ، كذلك القيود التي تفرض على تصرفات المريض في مرضه

الأخير المسمى مرض الموت ، إذ أن هذه القيود لم توضع حماية لمصلحة المريض ، بل حماية لغيره من الورثة أو الدائنين ، ولم تفرض أيضاً لطارىء يؤثر في عقل المريض ، بل المفروض أن هذه القيود قائمة على المريض ، ولو كان عقله سليماً . ومثله أيضاً تلك القيود التي تفرض على الرقيق وعلى النساء بالتفصيل الذي سوف تراه .

هذا ما أردت أن أوجه إليه نظر القارئ كي يكون لديه عن موضوع البحث فكرة صادقة وأرجو أن يكون تحديد الموضوع قد أصاب نوعاً من التوفيق :

القسم الأول
الأهلية

أهلية الوجوب وأهلية الأداء :

اتفق فقهاء الشريعة وجاراهم فقهاء القانون الوضعي على تقسيم الأهلية المدنية قسمين أهلية وجوب وأهلية أداء :

أما أهلية الوجوب فلا تتعرض لحالة الشخص إلا من حيث كونه محلاً للحقوق والالتزامات : متى يكون الشخص صاحب حق ومتى يلقي عليه عبء الالتزامات . وسميت أهلية وجوب لأنها تتعرض لما يجب للشخص من حقوق وما يجب عليه من التزامات . أما مباشرة هذه الحقوق والالتزامات فعلا فيتعرض لها الفقهاء عند بحث أهلية الأداء . وسميت أهلية أداء لأنها تتعرض لأداء الحقوق والالتزامات أى مباشرتها . ولذلك ترى أن نوعي الأهلية يفترقان فتتعرض أهلية الوجوب لأصل الحق وأهلية الأداء لمباشرته وكذلك الأمر بالنسبة للالتزامات . لذلك رأينا أن نبدأ أولاً بدراسة أهلية الوجوب ثم ندرس بعدها أهلية الأداء .

الباب الأول

أهلية الوجوب

الفصل الأول

ماهيتها

تعريف :

أهلية الوجوب في اصطلاح الفقهاء الشرعيين هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه^(١). وهذا التعريف لا يختلف كثيراً عما يقول به فقهاء القانون الوضعي، إذ يعرفونها بأنها صلاحية الشخص لاكتساب الحق له أو عليه^(٢).

الأهلية والذمة (الشخصية القانونية) :

ربط الفقهاء الإسلاميون بين أهلية الوجوب والذمة (الشخصية القانونية عند فقهاء القانون الوضعي)، وإن شئت فقل إنهم قد اعتبروها أمراً واحداً مما أدى بالبعض إلى القول بأن الذمة أمر لا معنى له وأنه من مخترعات الفقهاء يعبرون به عن وجوب الحكم على المكلف بثبوته في ذمته^(٣).

واختلفوا في بيان حقيقة الذمة. فمنهم من قال إنها وصف اعتباري قدر وجوده في الإنسان يجعله صالحاً للالتزام والالتزام. وبناء على هذا عرفها ملا خسر^(٤)

(١) الزدوي ج ٤ ص ٢٣٧ ، والتلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٦١ ، أحمد إبراهيم الأهلية وعوارضها ص ٢ . يعيب هذا التعريف ذكر كلمة مشروعة لأن الحق لا يعتبر حقاً إلا إذا كان مشروعا ، فهذه الكلمة تزيد لا لزوم له . انظر أيضاً التقرير والتجوير ج ٢ ص ١٦٤ .
(٢) يعرف فتحي زغلول أهلية الوجوب بأنها كون الإنسان محلاً لأن يكون له حق أو عليه حق (راجع كتابه في شرح القانون المدني ص ٢٦) . وانظر جوسران ج ١ ص ٨٦ بند ٣٠٣ . وبلائيول وريبير ج ١ ص ٢٠ بند ٢٤٧ .
(٣) التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٦١ . وشفيق شحاته ، الأموال ، ص ٤ .
(٤) المرقاة ج ٣ ص ٤٥ .

بأنها « خاصة من خواص الإنسان ترجع إلى تركبه من بدن ونفس فاطقة وقوة ومشاعر ليست لغيره من الحيوان والجماد مما يجعله صالحاً للالتزام والالتزام ». وعرفها عبيد الله بن مسعود^(١) بأنها « وصف شرعى يصير به الإنسان أهلاً لما له ولما عليه ». ومنهم من ذهب إلى أن الذمة أمر ذو وجود حقيقى وليست أمراً افتراضياً . فالذمة عند هذا الفريق ليست سوى نفس الإنسان . وفى ذلك يقول فخر الإسلام^(٢) البرزوى « الذمة نفس لها عهد وأن الآدمى لا يخلق إلا وله هذا العهد والذمة ، أى لا يخلق إلا وهو أهل للإيجاب والاستيجاب ، وذلك بناء على العهد الماضى الذى تم بين الرب والعبد كما جاء فى قوله تعالى « وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم . قالوا بلى شهدنا أن تقولوا يوم القيامة إنا كنا عن هذا غافلين » .

وكما ربط فقهاء الشريعة بين أهلية الوجوب والذمة نجد أيضاً أن فقهاء القانون الوضعى قد ربطوا بين أهلية الوجوب والشخصية القانونية . فيرى معظم الشراح أنهما أمر واحد . فأهلية الوجوب عندهم هى ذات الشخص منظوراً إليه من ناحية القانون^(٣) .

بينما يرى البعض الآخر^(٤) أنهما أمران مختلفان . فالشخصية القانونية هى صفة عامة تقوم فى كل كائن بمجرد صلاحيته لأن يكتسب حقاً واحداً أيا كان ذلك الحق . أما أهلية الوجوب فهى صفة نسبية ينظر فيها بالنسبة لصلاحية هذا الكائن لكل حق أو واجب على حدة . وما دام الأمر كذلك فإن الأهلية إذا ثبتت فإنها تثبت كاملة غير قابلة للتجزئة . وعلى ذلك يقال إن للجنين أهلية وجوب تامة بالنسبة للحقوق التى لا تحتاج فى ثبوتها إلى قبول وعديم الأهلية

(١) التفتيح ج ٣ ص ١٥٢ .

(٢) كشف الأسرار . البرزوى ج ٢ ص ٢٣٨ .

(٣) السهورى . الوسيط فى الالتزامات ص ٢٦٦ . وأبو ستيت فى الالتزامات نبذة ٣٨ .

(٤) سليمان مرقص . المدخل للعلوم القانونية ص ٣٧٩ . بند ٢٤٠ .

بالنسبة لما عداها من حقوق (١) .

وفقاً لهذا النظر تتعدد الأهليات بتعدد الحقوق والواجبات . ولكنهم يقولون إن العرف جرى على أن ينظر إلى هذه الأهليات كوحدة مستقلة يطلق عليها اسم الأهلية (اسم الجنس) ، وبذلك يقال أن للشخص أهلية وجوب كاملة إذا توفرت له مجموع هذه الأهليات وأهلية وجوب ناقصة إذا توفرت له بعض هذه الأهليات دون البعض الآخر (٢) . وطبقاً لهذا العرف يكون للجنين أهلية وجوب ناقصة لأنه غير أهل بالنسبة لبعض الحقوق وبالنسبة للالتزامات .

ولكننا نرى أن هذا القول غير صحيح ، إذ من المعروف أن لكل إنسان بمجرد ولادته أهلية وجوب كاملة مع العلم أنه يوجد بعض الأشخاص لا تتوفر لديهم بعض الأهليات بالنسبة لبعض الحقوق والالتزامات كالجنون والصبي غير المميز ، فلا يثبت لأحدهما أهلية الوجوب بالنسبة لحقوق الله تعالى . وكذلك الأجانب والنساء ليست لديهم أهلية الوجوب بالنسبة للحقوق السياسية . فهل يقال إن أهلية الوجوب بالنسبة لهؤلاء الأشخاص كاملة مع أنه لا تتوفر لديهم بعض الأهليات . أم يقال إن أهليتهم ناقصة مع العلم بأن العرف يسلم بأن أهليتهم كاملة ؟ . إن أنصار التفرقة بين أهلية الوجوب والشخصية القانونية يناقضون أنفسهم لأنهم حينما عرفوا الشخصية قالوا إنها صلاحية الكائن لوجوب حق ما . وهذا ليس أمراً آخر سوى أهلية الوجوب . لذلك لا نرى محلاً للتفرقة بينهما .

القيود الواردة على أهلية الوجوب :

ثبتت لكل إنسان بمجرد ولادته أهلية وجوب كاملة . إلا أنه قد يرد على هذه الأهلية قيود معينة نذكر منها :

(١) خيال ، الالتزامات ، نبذة ٧١ .

(٢) الحقيف ، المعاملات الشرعية ، ص ١٥٧ .

١ — عديمو التمييز في الشريعة الإسلامية لا تجب عليهم التكاليفات العبادية أو العقوبات . فالوجوب منعدم هنا لانعدام حكمه وهو الأداء عن اختيار تحقيقاً للابتلاء ، والصغر والجنون ينافيانه . وما يتأدى بالنائب لا يصلح طاعة لأنها نيابة جبر لا اختيار فيها ^(١) .

٢ — النساء في الشريعة الإسلامية لا يملكن أهلية الوجوب بالنسبة إلى حق الولاية الشرعية على النفس أو المال ^(٢) .

٣ — الأجانب ليست لهم أهلية اكتساب بعض الحقوق المدنية في بعض البلاد ، كما هي الحال في مصر ، بالنسبة لحق الملكية في الأراضي الزراعية .

٤ — قد يترتب على الحكم ببعض العقوبات الجنائية فقد الإنسان أهلية الوجوب بالنسبة لبعض الحقوق (م ٢٥ عقوبات) فلا يصلح لأن يحوز رتبة أو نيشاناً . كذلك ليس لمن قتل مورثه أهلية الميراث من هذا المورث .

٥ — الحقوق السياسية . تستلزم تشريعات معظم الدول شروطاً معينة لتمتع الشخص بالحقوق السياسية ، كاستلزام سن معينة أو نصاب معلوم . فمن لم تتوفر فيه هذه الشروط لا يعتبر أهلاً لهذه الحقوق .

٦ — الشخص المعنوي لا يصلح لأن يكتسب الحقوق الملزمة لصفة الإنسان الطبيعية كحق الإنسان في أن يكون له زوج وحق النفقة وحق الإرث ، كما لا يصلح لاكتساب الحقوق التي تخرج عن نطاق الغرض الذي وجد من أجله . وهذا ما يعرف بمبدأ التخصص .

(١) كشف الأسرار ج ٤ ص ٢٤٢ .

(٢) في المذهب الحنفي للآثم الولاية على النفس بعد سائر العصبية وقبل ذوى الأرحام (الأشباه لابن نجيم ص ٦٣ . راجع ترتيب أولاد الصغير في ماله في المادة ٩٧٤ من المحلة) . كما تصلح الأم أن تكون وصية على المال إذا أقامها الأب وصية أو عينتها المحكمة . (أحمد إبراهيم في أحكام التصرف عن الغير ص ١٣٧) . وأكثر من هذا يرى أبو سعيد الاصطخري وهو من فقهاء الشافعية ثبوت الولاية في المال للآثم في جاله موت الأب أو الجد . وهو قول يخالف به مذهب الجمهور . انظر المذهب للشيرازي ج ١ ص ٣٢٩ .

الفصل الثاني

أحوالها

١ - عند الجنين

بعد أن حددت الفقرة الأولى من المادة ٢٩ مدنى مصرى بداية الشخصية بولادة الإنسان حياً أتت باستثناء هذه القاعدة فى الفقرة الثانية من المادة المذكورة إذ قالت : « ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون » . وهذا القانون هو قانون الأحوال الشخصية . وبذلك تتحدد حقوق الجنين بأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة بشأنه .

ولقد لاحظ الشارع الإسلامى أن الجنين لا يمكن اعتباره عدماً كما لا يمكن اعتباره شخصاً كاملاً . فهو من ناحية يعتبر جزءاً من أمه لأنه ينتقل بانتمائها ويقر بقرارها ، ومن ناحية أخرى يعتبر منفصلاً عنها لأنه بعرض أن ينفصل عنها ويصير إنساناً كاملاً مستقلاً برأسه^(١) . من أجل ذلك اعترف له الشارع بأهلية وجوب بالنسبة لبعض الحقوق دون البعض الآخر ودون الالتزام بالواجبات . وأهلية الوجوب للجنين لا تشمل الواجبات ، لأن ثبوت الواجب فى ذمة الشخص يكون بفعل يرتكبه ويرتب مسؤوليته أو بالالتزام يلتزمه هو بعبارة أو بعبارة تصدر منه أو من وليه ، ومعلوم أنه لا يمكن تصورشىء من ذلك بالنسبة للجنين . فليس له فعل يوجب عليه ضماناً ، وليس له عبارة تلزمه وليس له ولى يشىء عليه حقوقاً بعبارة^(٢) . لأن الولاية وفقاً للرأى الراجح فى الشريعة الإسلامية لا تثبت إلا بعد الولادة .

(١) شرح المنار لابن ملك ص ٣٤٣ . والقواعد لابن رجب ، القاعدة ٨٤ ص ١٢٨ وما بعدها .

(٢) أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص ٢٦٧ .

كذلك لا تشمل أهلية الوجوب للجنين كل الحقوق . فهو أهل فقط لا اكتساب الحقوق التي لا تحتاج في نشأتها إلى قبول كالحق في ثبوت نسبه من أبيه وفي الميراث من مورثه (م ٤٢ — ٤٤ من قانون المواريت) وفي استحقاق ما أوصى له به (مادة ٣٥ و ٣٦ من قانون الوصية) وفي استحقاقه من غلة الوقف الذي هو من ضمن مستحقه^(١) . كل هذه الحقوق لا تحتاج في ثبوتها إلى إرادة تصدر ممن توجه إليه . فالإقرار بالنسب والوقف الوصية تصرف انفرادي ينشأ بإرادة المقر وحده ، والإرث واقعة قانونية يملك بها الوارث بقوة القانون^(٢) .

واقدم استلزم قانون الوصية لثبوت ملكية الموصى له من ضرورة قبوله للوصية . إذ نصت المادة ٢٠ من هذا القانون على أن « الوصية للحمل يكون قبولها ممن له الولاية في ماله بعد إذن المحكمة الحسبية » (دائرة الأحوال الشخصية الآن) . ولقد أخذ القانون بما قرره بعض الشافعية والحنابلة من أن الوصية للجنين تحتاج إلى قبول من له الولاية عليه بعد الولادة ؛ وإن كانت نصوص القانون لا تفيد تأخير القبول إلى ما بعد الولادة . وبذلك تدخل في ملك الجنين استحقاقاً دون حاجة إلى قبول^(٣) .

هل يجوز الهبة للجنين ؟

بيننا فيما سبق أن الجنين غير أهل لا اكتساب الحقوق التي تحتاج في نشأتها لقبول من توجه إليه . إذ ليست له عبارة تصدر منه وليس له ولى يقبل عنه . وعلى هذا الأساس لا تصح الهبة له^(٤) .

وعلة التفرقة بين الهبة والوصية هي أن الهبة من التصرفات التي يلزم لانعقادها

(١) أحمد إبراهيم . الأهلية وعوارضها ص ٧ .

(٢) خيال الالتزامات . نبذة ص ٧١ .

(٣) أبو زهرة . شرح قانون الوصية ص ٥٦ .

(٤) جامع أحكام الصغار ج ٢ . ص ٦١ .

تلاقى الإيجاب بالقبول تلاقياً يتحد مكانه في مجلس العقد^(١). والجنين ليس له ولى يقبل عنه وقت صدور الإيجاب من الواهب. ولو أجل القبول إلى ما بعد ولادته حياً لقرتب على ذلك إخلال بمبدأ اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

ولقد ثار الخلاف بين فقهاء القانون — بعد أن أقر قانون المحاكم الحسبية ومن بعده قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بصحة نصب الوصى على الحمل المستكن — بشأن جواز الهبة له.

فيرى بعض الشراح أن امتناع الهبة لمصلحة الجنين لم يعد له مبرر في الفقه بعد أن أجاز القانون تفصيل الوصى على الحمل المستكن. لذلك يجب القول بامتداد شخصيته إلى كل ما هو نافع له نفعاً محضاً سواء في ذلك ما توقف على القبول وما لا يتوقف عليه^(٢).

وبينا يرى البعض الآخر عدم جواز ذلك بحجة أن الحقوق التي يرتبها القانون للجنين هي حقوق واردة على خلاف الأصل فيجب ألا يقاس عليها ولا يتوسع فيها^(٣).

وعندى أن رأى الأخير أوجه من الأول ولا سيما أن الشريعة الإسلامية في الراجح لا تقر تعيين ولى على الحمل المستكن، وأن الوصى الذي أشارت إليه نصوص قانون المحاكم الحسبية الملغى وقانون الولاية على المال إن هو إلا الأمين الذي أجازت الشريعة تعيينه للمحافظة على أموال الجنين. ويؤيد ذلك ما قرره ابن عابدين^(٤) من أنه « لو أقام الأب وصياً على الحمل فإن ولايته لا تثبت إلا بعد ولادته ». ولا محل لقياس قبول الوصى على الجنين للهبة على قبوله للوصية لأن الوصية تصرف انفرادى

(١) أحمد إبراهيم ، التزام التبرعات ص ٦٧ .

(٢) شفيق شحاته ، النظرية العامة للحق ، ص ٤٤ . وراجع هاشم مهنا ، الموسوعة الحسبية ، ص ٤٢٧ .

(٣) عبدالحى حجازى ، نظرية الحق ، ص ٨٨ .

(٤) ابن عابدين ، العقود الذرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ، ج ٢ ص ٣٠٩ .

ينشأ بإزادة الموصى وحده ، أما قبولها فليس سوى شرط لثبوت الملكية ، فلا يدخل في أعمال التصرفات . أما القبول في الهبة فهو شرط للانقضاء فيعتبر تصرفاً . ولا يستطيع الوصى على الجنين مباشرة التصرفات حتى ولو كانت نافعة له نفعاً محضاً ، لأن وظيفته قاصرة فقط على المحافظة على أمواله .

ملكية الجنين : طبيعتها وبرائتها :

يرى البعض أن الحقوق التي يكتسبها الجنين حقوق احتمالية . ولكن هذا الرأي متهجور ، إذ من المعلوم أن الحق الاحتمالي لا يصبح كاملاً ولا يثبت إلا من تاريخ توفر العنصر الناقص (الولادة حياً) . وهذا يخالف ما عليه إجماع الفقهاء من أن الجنين لو ولد حياً فإن حقوقه تثبت من تاريخ سابق على ولادته وهو تاريخ وفاة المورث أو وفاة الموصى .

ويرى البعض ^(١) أن الحقوق التي يكتسبها الجنين حقوق حالة معلقة على شرط فاسخ ، هو ولادة الجنين ميتاً . وحجتهم أن شخصية الجنين حالة وليست مستقبلية ، لذلك لزم أن تكون الحقوق المترتبة على هذه الشخصية هي الأخرى حالة . فإذا تحقق الشرط الفاسخ فإن هذه الحقوق المؤكدة تزول بأثر رجعي ويعتبر الجنين كأن لم يكن له حق أصلاً . وإذا تخلف الشرط بأن ولد الجنين حياً فإن حقوقه التي كانت قابلة للزوال تتأيد نهائياً .

وعندى أن هذا الرأي أيضاً يخالف ما عليه جمهرة الفقهاء الإسلاميين من أن الجنين ليس له ملك أصلاً حتى يولد ^(٢) . ولو كان للجنين ملك في هذه الحقوق لأثبت له الشارع الإسلامي الولاية على ماله ، وهذا ما لم يحصل . أضف إلى ذلك أن هذا الرأي يعتبر حقوق الجنين قبل ولادته حقوقاً حالة على أساس أن شخصيته

(١) المرجع السابق ص ٩٤ .

(٢) الأهلية وعوارضها المرجع السابق . ص ٦ بالهامش .

في هذه الفترة (فترة الحل) قائمة . وفي هذا القول مصادرة على المطلوب ، ذلك أن وجود الشخصية القانونية للجنين في حاجة بدوره إلى إثبات .

والرأي الصحيح في نظري^(١) هو أن الحقوق التي يكتسبها الجنين معلقة على شرط واقف ، هو ولادته حياً . فإذا تحقق هذا الشرط ثبتت شخصيته الناقصة وبالتالي الحقوق المتعلقة بها من وقت وفاة مورثه أو من وقت صدور التصرف الانفرادي ، وتثبت له تبعاً غلات ماله من هذا الوقت . أما إذا تخلف الشرط بأن ولد ميتاً فيعتبر كأنه لم يكن موجوداً من قبل ، وما حجز له من أموال يؤول إلى ورثة مورثه أو موصيه . كل ذلك إعمال لقاعدة الأثر الرجعي للشرط .

الوصاية على الجنين :

نار الخلاف بين الفقهاء الإسلاميين بخصوص صحة نصب الوصي على الحمل المستكن . فيرى معظم الفقهاء عدم جواز ذلك لأن الأب ليس له ولاية على الحمل المستكن فمن باب أولى يجب ألا يكون لوصيه سلطة لا يملكها هو . أضف إلى ذلك أن الجنين في نظرهم ليس له ملك أصلاً في الأموال المحبوزة له ، ومن ثم فلا محل للوصاية مادام المراد تنصيب وصي عليه ليس له أموال^(٢) . بينما يرى البعض الآخر عكس ذلك ويسلم بصحة نصب الوصي على الجنين بحجة أنه لما جاز الوقف على الجنين جازت الوصية له وبه^(٣) . وهذا الرأي غير سليم لأنه يخلط بين الوصية والوصاية وبديهي أن ما يجوز على أحدهما لا يجوز على الآخر .

ولو أن الرأي الأول هو الراجح في الفقه الإسلامي إلا أن العمل جرى على الأخذ بالرأي الثاني . ذلك أن المصلحة والعدالة تقتضيان ضرورة وجود

(١) خيال ، الالتزامات ، نبذة ٧١ .

(٢) أحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها ، ص ٧ بالهامش

(٣) الشلبي ، تنقيح الفتاوى الحامدية ، ج ٢ ص ٣٠٠ .

شخص يحافظ على أموال الجنين حتى إذا تحقق الشرط الواقف بولادته حياً لا نكون قد أهدرنا مصالحه بترك أمواله بلا حصر ولا تأجير واستثمار في فترة الحمل .

ولقد نص قانون المحاكم الحسبية الملغى وقانون الولاية على المال أنه يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر . وإذا لم يكن للحمل وصى مختار فإن المحكمة تعين له وصياً^(١) .

وإنى أرى أن وصى الجنين الذى أشار إليه القانون المصرى ليس إلا الأمين الذى قرره الشريعة الإسلامية المحافظة على أموال الحمل المستكن وليست له ولاية على هذه الأموال ، طبقاً لما بيناه سابقاً^(٢) .

أبواب وجود الحمل المستكن :

اختلف القضاء المصرى فى كيفية إثبات وجود الحمل المستكن فى بطن أمه فى حاله منازعة باقى الورثة . فقضت بعض الأحكام بأنه إذا ادعت امرأة الميت أنها حبلى تعرض على امرأة ثقة أو امرأتين . فإن لم يوقف على شىء من علامات الحمل قسم ميراثه ، وإن وقف على شىء من علامات الحمل يوقف نصيبه حتى الولادة وذلك عملاً بقواعد الشرع الإسلامى^(٣) .

(١) نصت المادة ٣٩٣ فرنسى على أنه إذا مات الزوج وكانت الزوجة حاملاً عين مجلس الأسرة وكلاً عنها يسمى قيم الحمل . وتكون الزوجة عقب الولادة هى الوصية على ولدها . أما قيم الحمل فيصير مشرفاً عليها .

(٢) راجع ص ٢٣ .

(٣) راجع حسبي عال ١٤ يونيه سنة ١٩٢٥ (المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٦ حكم رقم ١٠٨ ص ١٨٧) وراجع ماجاء فى تكملة ابن عابدين ج ١ ص ٦٩ . « قال الحموى فى المنتقط من كتاب الموارث : إذا ادعت امرأة الميت أنها حبلى تعرض على امرأة ثقة فإن لم يوقف على شىء من علامات الحمل قسم ميراثه ، فإن وقف على شىء من علامات الحمل يوقف نصيب اثنين » .

وقضت بعض الأحكام بعكس ذلك فقررت أنه للقاضى أن يكون اعتقاده
فى وجود الحمل من ظروف وقرائن ومستندات الدعوى ويقيم وصياً على الحمل
بغير استعانة بهذا الطريق الشرعى .

ونحن نرجح مبدأ القضاء الثانى إذ أن الكشف على المرأة رغماً عنها فيه
اعتداء على كرامتها .

لذلك يجب أن يترك للقاضى رأى الأعلى فى تكوين اعتقاده .

وظيفة الوصى على الحمل المستكن :

يجب على الوصى أن يقوم باتخاذ الاجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق
الحمل المستكن وأن يدير التركة إدارة مؤقتة وأن يحفظ له نصيبه فى الميراث (أحظ
النصيبين) وأن يقبل الوصية له بعد إذن دائرة الأحوال الشخصية . وعليه التبليغ
عن الولادة بمجرد حصولها وأن يتخذ الاحتياطات لمنع اختطاف الطفل عند
ولادته أو تغييره . وبعد الولادة يصبح وصى الحمل وصياً على القاصر دون افتقار
إلى تعيين جديد .

٢ - بعد الولادة

نص القانون المدنى المصرى فى المادة ٢٩/١ على أن الشخصية القانونية تبدأ بمجرد
تمام ولادة الإنسان حياً . من هذا النص يتبين لنا أن الشخصية القانونية وبالتالى
أهلية الوجوب لا تبدأ إلا بتوفر شرطين (مع ملاحظة ما سبق أن قررناه
بالنسبة للجنين) .

الشرط الأول : تمام الولادة ، ويقصد بتمام الولادة انفصال المولود عن جسم
أمه انفصالا تاماً . ولا يكفي لذلك خروج رأس الجنين أو خروج أكثره بل
لا بد من خروجه كله .

الشرط الثانى : الحياة ، إذ لا يكفي تمام الولادة لبدء أهلية الوجوب ، بل لا بد أيضاً من أن تثبت حياة المولود ولو لأقصر مدة ممكنة بعد الولادة .

واشترط تمام ولادة الجنين حياً يوافق مذهب الأئمة الثلاثة ^(١) الشافعى ومالك وأحمد ، وبه أخذ قانون الوصية (م ٣٥) وقانون المواريث (م ٤٣) . وهو يخالف ما كان عليه الحال عندنا قبل ذلك عملاً بمذهب أبى حنيفة الذى يكتفى بولادة أكثر الجنين حياً . ولا يشترط القانون للمصرى أن يكون المولود قابلاً للحياة Viable كما اشترط ذلك القانون الفرنسى وعلى ذلك لو ولد الجنين ممسوخاً أو غير مستكمل للأعضاء التى تمكنه من الحياة فإن أهليته للوجوب تثبت بمجرد انفصاله من بطن أمه حياً . وبهذا الحكم أخذ القانون الألمانى ، إذ من الصعب التحقق مما إذا كان المولود قابلاً للحياة أم غير قابل لها . والأولى الأخذ بمعيار ثابت هو تحقق الحياة فعلاً وقت الانفصال ^(٢) . . .

وإذا ولد الجنين ميتاً سواء بحفاية أو بدون جنابة فيعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم تؤول الحقوق التى كانت محجوزة له إلى ورثة مورثه . أما إذا ولد حياً ثم مات ولى بعد برهة يسيرة فإن أهليته للوجوب تكون قد ثبتت بولادته حياً وانتهت بوفاته ومن ثم تؤول حقوقه إلى ورثته هو ، لا إلى ورثة مورثه .

٣ — بعد الوفاة

افترض الفقهاء وجود الذمة لتكون محلًا تتعلق به الحقوق والواجبات فيصير الإنسان بذلك أهلاً لماله ولما عليه ، أى صالحاً للالتزام والالتزام . ولما كانت الذمة فى نظر معظم الفقهاء أمراً تقديرياً أو اعتبارياً فنجدهم يفترضونها بعد الوفاة كما افترضوها أثناء الحياة . إنما اشترط الحنفية لامتداد ذمة المتوفى أن يترك

(١) خلاف . شرح قانون المواريث . ص ١٩٩ .

(٢) شفيق شحاته . النظرية العامة للحق م ٤٣ .

مالا أو كفيلا بما عليه من ديون . ذلك أن الموت عندهم يضعف الذمة فلا يستطيع أن تتحمل وحدها ما على الميت من ديون فضمت إليها التركة ، إذ لما استحال تتبع الميت أقيم تتبع المال مقام تتبعه .

مظهر بقاء أهلية الوجوب بعد الوفاة :

تفترض الذمة بعد الوفاة لثبوت بعض الحقوق كتمهيز الميت وتكفينه وتنفيذ وصاياه والقيام بواجباته كقضاء ديونه . وقد تتعلق بذمة الميت أموال وواجبات لم تكن ثابتة له من قبل إذا كان قد باشر أسبابها حال الحياة . كما لو نشر شبكة ثم وقع فيها صيد بعد وفاته فإنه يكون تركته ملصكا له . وكما لو حفر حفرة في الطريق العام فوقع فيها حيوان فنفق ، فإن الميت يضمن قيمته ويكون الضمان في تركته^(١) .

والذمة بعد الوفاة لا تحتل كل حق وكل واجب ، ذلك أنها ضعيفة ولا يقويها إلا ما تركه المتوفى من مال أو كفيل . فإذا لم يكن هناك مال ولا كفيل فلا وجوب ولا ذمة .

فإذا ترك المتوفى مالا كان هناك وجوب ، والوجوب يقتضي الذمة . ويتعلق الدين بالذمة والمال معا .

وإذا لم يترك المتوفى مالا ولكن ترك كفيلا ، فإن التزام الكفيل يقتضي وجود الالتزام في ذمة الأصيل وهو المتوفى .

أما إذا لم يترك المتوفى مالا ولا كفيلا فهل يجوز كفالة دينه بعد وفاته فيبقى التزامه وتستمر ذمته ؟ .

يرى أبو حنيفة عدم جواز كفالة دين الميت بعد وفاته ، وحجته أن الدين

(١) راجع على الخفيف ، الحق والذمة ، ص ٩٥ .

يسقط عن الذمة بعد الوفاة في حالة عدم وجود مال أو كفيل ، وإذا سقط الدين فلا معنى لكفالاته .

بينما يرى الصاحبان أن كفالة الدين عن الميت جائزة لأن الموت في نظرهما لا يسقط الدين ، وإن كان لا يمكن المطالبة به لعجز الميت عن أدائه . لذلك يجوز ضمانه بعد الوفاة . ويصبح شأن الميت في هذه الحالة شأن العبد تجوز كفالة دينه وإن كان عاجزاً عن الإداء .

ونرى أن هذا الرأي أوجه من سابقه ، ذلك أنه من الخطأ القول بأن الموت يسقط الدين حتى ولو لم يكن للمتوفى مال أو كفيل ، ودليلنا على ذلك :
١ — لو نشأ المتوفى مال بعد موته كان للدائنين المطالبة بحقوقهم من هذا المال .

٢ — روى أن الرسول صلى الله عليه وسلم جاء يصلى على ميت فسأل هل عليه دين . فقالوا نعم يا رسول الله ديناران . فقال : صلوا على صاحبكم . فقال أحد الصحابة : هما على يا رسول الله . فصلى عليه .

هذا دليل على جواز كفالة الدين وبقائه بعد الوفاة حتى ولو لم يترك المتوفى مالا أو كفيلاً^(١) .

إلى أى وقت تستمر أهلية المتوفى :

إذا كان المورث غير مدين فإن أهليته تنقضي فور وفاته وتنقل أمواله إلى ورثته مباشرة . بل قد روى عن محمد أن ملكية الورثة تثبت قبل موته في آخر أجزاء الحياة لأن الارث يجرى بين الزوج والزوجة ، والزوجة تنقطع بالموت . فلو كانت الملكية بالميراث عقب الموت لكانت الملكية بعد زوال سببها^(٢) .
أما إذا كان المورث مديناً فإن أهليته وفقاً لرأى الحنفية — لا تنهى إلا بعد

(١) أبو زهرة ، أحكام التركات ، ص ١٩ .

(٢) المرجع السابق . ص ١٩ .

قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه من أمواله . فإن كانت التركة مستغرقة للدين فإنها تظل مشغولة كلها بحاجة المتوفى ، ومن ثم لا تنتقل إلى الورثة . لذلك قدر الفقهاء بقاء الذمة بعد وفاة الميت لبقاء حاجته حتى لا تكون أمواله سائبة ليس لها مالك^(١) يخلف مورثه فيما يفضل من حاجته . بمعنى أن الجزء الذي يقابل الدين يظل في حكم ملك المتوفى ، أما الجزء غير المشغول فإنه ينتقل إلى الورثة . فالدين ولو قل فإنه يمنع ملك الوارث بقدره .

ما سبق بيانه هو رأى الحنفية ، وحجتهم فيما ذهبوا إليه قوله تعالى « من بعد وصية يوصي بها أو دين » .

أما الشافعية ، فيرون أن ملكية المورث تزول بمجرد وفاته ، وابتداء من هذا الوقت تنتهي أهليته وتنتقل أمواله إلى ورثته سواء كانت التركة مستغرقة للدين أو غير مستغرقة له وتصير الديون متعلقة بذمة الورثة . وحجة الشافعية فيما ذهبوا إليه :

١ — السنة : قال الرسول صلى الله عليه وسلم « من ترك مالا أو حقاً فلورثته » .

٢ — القياس : قاس الشافعية تعلق الدين بالتركة على تعلقه بالمال المرهون . ولما كان الرهن لا يمنع من ملكية المال المرهون فكذلك الدين لا يمنع من ملكية الورثة للمال المتعلق به الدين .

٣ — المصلحة : تقضى المصلحة بانتقال الملكية إلى الورثة فور الوفاة . لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى استحقاق من كان غير وارث وقت الوفاة لمانع إذا إذا زال هذا المانع بعد الوفاة .

(١) المرجع السابق ص ٢٣ .

١٠ في القانون المصري :

نص القانون المدني المصري في المادة ٨٧٥ منه على أن انتقال الأموال للورثة يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ، ومن هذه الأحكام مبدأ ألا تركة إلا بعد قضاء الديون . كما نصت المادة ٨٩٩ على أنه « بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعى » . ولقد تعسف كثير من الشراح وبعض المحاكم في تفسير المبدأ القائل بألا تركة إلا بعد قضاء الديون ، فقررُوا أنه لا حق ولا ملك للورثة إلا بعد إيفاء ما عليها من ديون ، أى أن التركة تبقى حكماً في ملك الميت ولا تنتقل إلى الورثة إلا بعد وفاء الديون وقضاء الوصايا^(١) .

ولكننا لا نوافق على هذا التفسير لأنه حتى وفقاً لرأى الحنفية فإن الدين لا يمنع من انتقال ملكية الأموال للورثة فور الوفاة بالنسبة للجزء غير المشغول بالدين كما سبق أن بينا .

والرأى الصحيح هو أن شخصية المتوفى وأهليته للوجوب تنتهى بمجرد وفاته وتنتقل أمواله وديونه إلى ورثته ، ولكنهم لا يسألون إلا في حدود التركة أى لا يسألون عن ديون تزيد عن أموال المتوفى . هذا هو التفسير المنطقي لمبدأ ألا تركة إلا بعد قضاء الديون .

ولقد أقرت هذا النظر بعض المحاكم عندنا بحكم بأن « القاعدة الشرعية لا تركة إلا بعد قضاء الديون لا يقصد بها أن تبقى التركة معلقة لا مالك لها حتى تدفع ديون المورث كلها . وإنما يقصد بها أن التركة تنتقل ملكيتها إلى ملكية الورثة محملة بهذا العبء ، ولدائى التركة حق الأولوية في استيفاء ديونهم ، وإن الوارث

(١) محكمة سمالوط الجزئية ١١ أبريل سنة ١٩٣٨ المحاماة رقم ٤٨٠ من ١١٠٦ س ١٨ .

يصبح بانتقال التركة إليه ملازماً بقضاء ديونها بقدر ما أخذه من مال التركة^(١).
كما حكم أيضاً بأن القول بالألّا تركة إلا بعد وفاء الديون لا يقصد به بقاء
التركة معلة حتى يدفع ما عليها من الديون ، وإنما يراد به أن يكون الوارث
مستولاً عن الدين بنسبة ما استولى عليه^(٢).

ولقد أخذ بهذا الرأي الشيخ خلاف^(٣) فقرر « أن بعض الفقهاء اعتبر المصير
بعد موته أهلية وجوب كاملة إذا مات دائماً ومديناً ، فتكون له حقوق على مدينه
وعليه حقوق لدائنيه . وهذا كلام لا وجه له . والحق أن الموت قضى على خاصة
الإنسان ، فليس له ذمة ولا أهلية كاملة ولا ناقصة . وأما مطابقة مدينه بما عليه
من الديون فلأنها صارت حقاً للورثة . والورثة خلفوا مورثهم فيما كان له وفيما كان
عليه في حدود التركة » .

ويترتب على تفسير مبدأ ألا تركة إلا بعد قضاء الديون على الوجه السابق
ذكره أن الأموال تنتقل إلى الورثة فور الوفاة ، ولا تكون على حكم ملك المتوفى ،
لانعدام ذمته وأهليته ، ومن ثم إذا تصرف فيها الورثة فإن التصرف لا يكون
باطلاً وإنما يكون غير نافذ فقط في حق الدائنين . ذلك أن التصرف صدر من مالك
وعدم النفاذ مقرر لمصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالتركة ، لذلك لا يستطيع
المتصرف إليه أن يطالب بالبطلان كما في حالة صدور التصرف من غير مالك .

(١) محكمة جرجا الجزئية تب ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ - علامة رقم ٣٨٠
ص ٧٧٢ السنة الثالثة عشرة) .

(٢) محكمة بسالوط الجزئية ٢١ مايو سنة ١٩٢٤ .

(٣) الشيخ خلاف - أصول الفقه . ص ١٥٠ .

٤ - عند الرقيق

جاءت الشريعة الإسلامية فوجدت الرق نظاماً سائداً في كافة الشعوب القديمة مقررأ في شرائعهم فلم تحاول إلغائه ، إذ كان من دعامة النظم الاقتصادية القائمة وقتئذ . إنما وضعت أحكاماً من شأنها القضاء عليه بمضى الزمن ، فقللت من أسباب وجوده وقصرتها على سبب واحد هو الأسر في الحرب المشروعة ، وفتحت أبواباً كثيرة للخلاص منه وحثت على حسن معاملته وجعلت للرقيق حقوقاً باعتبار أنه آدمى .

أسباب وجود الرق :

تعددت أسباب الرق في الشرائع القديمة ، بعضها يرجع إلى فكرة الجزاء سواء كان مدنياً أم جنائياً ، وبعضها يرجع إلى فكرة التعاقب ، والبعض الآخر يرجع إلى حكم القوة . ونذكر من هذه الأسباب : -

١ - كان الرق وسيلة من الوسائل التي تنقضى بها الديون المدنية .

فكان للدائن في الشرائع والنظم القديمة أن يتخذ من الوسائل ما يراه كافياً لضمان الوفاء بحقه ، له أن يضرب مدينه ، وله أن يحبسه حتى إذا يئس من تلك الوسائل كان له أن يسترقه ويبيعه ، وله إن شاء في بعض الأحوال قتله^(١) .

(١) مذكرات خيال في الأموال . بيدرو البدراوى ، القانون الرومانى ، ص ١٤١

والظاهر أن هذه العادات كانت موجودة عند العرب، فلما جاء الإسلام قضى عليها. يدل على ذلك ما جاء في بعض الكتب^(١)، نقلا عن الحافظ الطحاوي، من أن زيدا بن أسلم قال «لقيت رجلا بالأسكندرية يقال له تسترق، فقلت له ما هذا الاسم، فقال سمانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم، ذلك أني لقيت رجلا من أهل البادية ببعيرين له يبيعهما فابتعتهما منه، وقلت له انطلق معي حتى أعطيك ثمنهما فدخلت بيتي وخرجت من خلف لي، وقضيت بثمان البعيرين حاجتي وتغيبت حتى ظننت أن الأعرابي قد خرج فخرجت والأعرابي مقيم. فأخذني فقدمني إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته الخبر. فقال رسول الله عليه السلام ما حلاك على ما صنعت؟ قلت قضيت بثمانهما حاجتي. قال فاقضه. قلت ليس عندي مال. قال أنت سرق، اذهب يا أعرابي فبعه حتى تستوفي حقك. فجعل الناس يسومونه في ويلتفت إليهم ويقول ما تريدون؟ فيقولون نريد ابتياعه منك فنعته قال فوالله إن منكم أحد أحوج إليه مني، اذهب فقد اعتقتك».

ولقد نسخ هذا الحكم بقوله تعالى «وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة». ولقد روى مثل ذلك في حادثة معاذ بن جبل، ذلك أن غرماء طلبوا إلى الرسول يبيع معاذ في دين عليه، فرد عليهم صلى الله عليه وسلم قائلا «ليس لكم إليه سبيل».

٢ — ولقد كان الرق في الشرائع القديمة جزاءً جنائياً يوقع على من يرتكب بعض الجرائم وبصفة خاصة السرقة.

ففي القانون الروماني كان المسروق منه إذا ضبط الفاعل في حالة تلبس أن

(١) المتعصر لمختصر مشكل الآثار من ٢٧ طبعة حيدر آباد سنة ١٣١٧. نقلا عن الخفيف كتاب الحق والذمة، ص ٨٢.

يبيعه كعبد خارج روما . كما كان الاسترقاق عقوبة تبعية تلحق المحكوم عليهم بالإعدام أو بالأشغال الشاقة أو بمنازلة الوحوش . وكانت تظهر أهمية موت المحكوم عليهم بالإعدام أرقاء من حيث أن أموالهم لا تؤول إلى ورثتهم ، بل تصدر مصلحة الدولة . لذلك كثيراً ما كان يلجأ المحكوم عليه بالإعدام إلى الانتحار قبل تنفيذ الحكم ليتفادى هذا الأثر .

ولقد أشار القرآن الكريم في سورة يوسف إلى العادة المتبعة في شريعة موسى من أن نفس السارق جزاء سرقته بقوله تعالى « فما جزاؤه إن كنتم كاذبين ؟ » . قالوا جزاؤه من وجد في رحله فهو جزاؤه » .

٣ — كما كان التعاقد الاختياري مصدراً من مصادر الرق . فكان للشخص أن يبيع نفسه ، وكان للأب أن يبيع أولاده باعتبارهم أرقاء حتى يتخلص من الانفاق عليهم ، ولقد ساعد على ذلك انتشار الفاقة في بعض البلاد .

٤ — ولقد كان أهم أسباب الرق في الشعوب القديمة هو الحروب . فكانت القبيلة القوية تسترق القبيلة الضعيفة . وكانت الدولة المنتصرة تسترق أسرى الدولة المهزومة . لذلك كان النخاسون يرافقون الجيوش ويحفظون النساء ، واشتهرت أسواق هذه التجارة في جميع الممالك بالعالم ^(١) .

ولقد قضت الشريعة الإسلامية على الأسباب السابقة للرق فيما عدا الحرب ، واشترطت أن تكون حرباً مشروعة وأن تكون ضد الكفار وتتحقق الغلبة للمسلمين ثم لا يقبل الكفار الإسلام أو دفع الجزية .

هذا الحكم لم يثبت في القرآن الكريم . ذلك أن الله سبحانه وتعالى . بين حكم الأسرى في كتابه الكريم ، وهو المن أو الفداء . إذ قال تعالى

(١) انظر كتاب هايد W. Heyd ، الطبعة الفرنسية
Histoire du Commerce au Levant au moyen-age
ليزيج سنة ١٩٢٣ ج ٢ ص ٥٥٥ .

« فإذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب ، حتى إذا أخنتموهم فشدوا الوساق ، فاما منا بعد واما فداء ، حتى تضع الحرب أوزارها » . كما قال تعالى « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية » .

ولم يثبت سبب الاسترقاق إلا بالسنة العملية ، حيث وردت الآثار بأن الرسول صلى الله عليه وسلم استرق بعض الأسرى ، لضرورة حربية أو لمقابلة المثل بالمثل . وغالباً ما كان يلبج المسلمون إلى عرض الجزية قبل الاسترقاق . من ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم صالح نصارى نجران على جزية قدرها ألفا ثوب ، وكذلك صالح عمر بن الخطاب نصارى بنى تغلب على جزية فرضها على كل رجل منهم توازي ضعف ما كان مضرو با على كل رجل من المسلمين .^(١) من هذا نرى أن الرق ثبت ابتداء عقوبة على الكفار الذين رفضوا الإسلام أو دفع الجزية ورأى الإمام استرقاقهم بدلا من المن عليهم . لهذا لا يجوز استرقاق المسلم ابتداء . إلا أن فكرة العقوبة تنوسيت وأصبح الرق يبقى على الرقيق هو وذريته^(٢) وإن أسلموا بعد ذلك .

(١) أحمد شفيق ، الرق في الإسلام ، ص ٦٥ ، ٦٦ .

(٢) التقرير والتحرير ج ٢ ص ١٨٠ .

معاملة الرقيق :

كانت المراتع القديمة وبعض المراتع إلى عهد قريب تنظر إلى الرقيق على أنه آلة ذات روح أو متاع تدب فيه أحياء ليست له صفة الآدمية الا فيما يتعلق بالواجبات دون الحقوق . بدل على ذلك ما جاء بقانون احدى الولايات المتحدة (لويزيانا وكارولينا) من أن « العبيد لا نفس لهم ولا روح ولا فطنة ولا ذكاء ولا ارادة لهم ، وما كانت الحياة تدب الا في أذرعتهم فقط » (أحمد شفيق ، الرق في الإسلام ، ص ٤٠) .

وكان العبيد يقاسون ألوانا من العذاب والمهوان تقشع منها الأبدان فيشوى حياً أو يوضع الزيت المغلي في فيه وأذنه . مثل هذه الوحشية ما جاء في شريعة مانوا الهندية من أنه « اذا اشترى البرهمي رجلا سودرا ، بل واذا لم يشتره فانه يجوز له أن يجبره على خدمته بصفة كونه رقيقاً (داذا) لأن مثل هذا

== الإنسان ما خلقه واجب الوجود الا لخدم البراهمة، ثم إن السودرا وإن أطلق سيده سراحه لا تفارقه صفة الخدمة. هن ذا الذى يمكنه من أن يزيل عنه حالة طبيعية مرتبطة به .

« وإذا اضطهد السودرا أحد البراهمة فلا مندوحة من قتله ، وإذا وجه رجل من الطبقة الدنيا سباً فحشا الى أحد الدويدياس (أى أولئك الذين تتألف منهم الطبقات العليا الثلاث وهم البراهمة وكشترياس وفيزياس) فجزاؤه سب لسانه لأنه ناتج من القسم الأسفل من برهمة . وإذا ذكر أحدهم باسمه على هيئة يؤخذ منها الأزدراء فجزاؤه أن يوضع فى فمه خنجر طوله عشرة أصابع بعد احماه بالنار احماء شديداً . فاذا ساقه عدم الحزم وقلة البصر الى بدل النصائح والمواعظ للبراهمة فيما يتعلق بواجباتهم، فعلى الملك أن يأمر بوضع الزيت المخل فى فيه وأذنه .

« وإذا سرق البرهمى من السودرا عوقب بالغرامة . أما اذا سرق السودرا من البرهمى فجزاؤه أن يحرق . وإذا تجاسر السودرا على ضرب أحد القضاة فليعلق بسفود ولبشو حياً . فإذا ارتكب البرهمى مثل هذه الجريمة فليغرم » (المرجع السابق ص ١١) .

ولم تكن معاملة الأرقاء فى القوانين الرومانى القديم تختلف كثيراً عن القانون الهندى ، اذ كانوا يعاقبون بعقوبات قاسية لأقل المقوات أخفها تعليقهم من أيديهم وربط الأتقال فى أرجلهم واستعمالهم فى الحراثة مكبلين بالسلاسل مثقلين بالاعلال . ولم تتحسن معاملة الرقيق فى القانون الرومانى إلا بعد مراحل متعددة حيث صدرت قوانين فيما بعد تحرم على الموالى الزام الأرقاء بمنزلة الوحوش والحيوانات السكاسرة الا بعد التصريح من القاضى بذلك اذا صدر منه جرم يستوجب هذا الجزاء .

ولما جاءت النصرانية لم تحرم الرق ، بل حذب رجال الدين الرسميين مشروعيته وأقروا صحته . فقد أوصى بولس الأرقاء فى رسالته التى بعث بها الى الانيسيين (سكان مدينة Ephéses بآسيا الصغرى) أن يطيعوا مواليتهم مع الخوف والرعب كما يطيعون المسيح عليه السلام . وقال القديس ايزيدوروس مخاطباً الرقيق « إبنى لا تصحك بالبقاء فى الرق حتى لو عرس عليك مولاك تحريرك فانك بذلك تحاسب حساباً يسيراً لأنك تسكون خدمت مولاك الذى فى السماء ومولاك الذى على الأرض » . (احمد شفيق ص ٥٠) .

ولما جاءت الشريعة الاسلامية اخترلت مراحل التطور التى مر بها الرق وقاسى فيها الأرقاء العذاب والهوان ، فحضت على حسن معاملته وشجعت على تحريره عن طريق العتق والمساكنة والتدبير . ومعنى المساكنة اتفاق السيد مع العبد على تحريره لقاء مبلغ من المال يؤدى فى أجل معين ، ومعنى التدبير أن يعلق السيد تحرير عبده على وفاته (المعنى ج ١٢ ص ٢٣٣ ، ٣٠٧ ، ٣٣٨) .

وجعلت الشريعة تحرير الرقيق أول ما يقتحم به الإنسان العقبة ويصل به إلى رحمة مولاه . قال تعالى فى سورة البلد المسكبة « فلا اقتحم العقبة وما أدراك ما العقبة ، فك رقبة أو اطعام فى يوم ذى مسغبة يتيماً ذا مقربة أو مسكيناً ذا متربة » . ولقد أمر الله سبحانه وتعالى بالاحسان إلى الرقيق فقال « وبالوالدين إحساناً وبذى القربى واليتامى والمساكين والحار ذى القرنى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم » (سورة النساء) . وجعلت الشريعة تحرير الرقب كفارة لكثير من الخطايا . فهو كفارة للقتل خطأ . قال تعالى « ومن قتل مؤمناً خطأ ==

أهلية الرقيق :

يرى جمهور الفقهاء أن الرقيق سلعة من السلع ، لسيده عليه حق ملكية ، له أن يستعمله في الخدمة داخل المنزل وخارجه وله أن ينتفع به ، فأولاده ملك لسيده . كما له أن يتصرف فيه ببيعه أو هبته أو رهنه ^(١) .

ويسلم جميع الفقهاء بأن الرقيق مخاطب بحقوق الله تعالى ، وأنه أهل للتصرفات الفعلية ، إذ أن الحجر لا يشمل هذه التصرفات . لذلك يقام عليه الحد أو القصاص إذا ارتكب ما يوجب ذلك . إلا أنهم اختلفوا في مقدار الحد

فتحرير رقبة مؤمنة . وهو كفارة لمن حنت في عيئه ، قال تعالى في سورة المائدة « لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤخذكم بما عقدتم الأيمان ، فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة » . وجعل الله للارقاء نصيباً من الصدقات في الآية الكريمة « إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل » (سورة التوبة) .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم حض على حسن معاملة الرقيق واعتاقه . فقد ورد في الحديث الشريف « من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته أن يعتقه » . (أخرجه صحيح مسلم وأحمد وأبو داود . راجع مسلم ج ٥ ص ٩٠ . وسنن أبي داود ج ٤ رقم ٥١٦٨ ، والفتح الكبير ج ٣ ص ٢٣٧) . وروى أن آخر كلمة نطق بها الرسول « الصلاة وما ملكت أيمانكم » .

ولقد نهى عليه الصلاة والسلام عن تحقير العبد فقال « لا يقل أحدكم أطمع ربك . وصى ربك . اسق ربك . ولا يقل أحدكم عبدى أمتى . وليقل فتاى وفتاى وغلامى » . (شرح العيني ج ١٣ ص ١١٢) .

وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم أطمعهم بما تأكلون واكسوهم مما تلبسون ولا تكفوهم من العمل ما لا يطيقون ، فأحبيهم فأمسكوا وما كرهتم فيبيعوا ، ولا تعذبوا خلق الله ون الله ملككم إياهم ولو شاعلكم إياكم » . (صحيح مسلم ج ٥ ص ٩٣ وشرح العيني على البخارى ج ١٣ ص ١٠٧ وسنن أبي داود ج ٤ رقم ٥١٥٨) .

وروى ابن عمر أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له « كم أعفو عن عبدى . فلم يجبه عليه الصلاة والسلام بشيء ، فأعاد عليه السؤال مرة ثانية وثالثة ، ولم يجبه صلى الله عليه وسلم بشيء ، ولما سأله المرة الرابعة صاح في وجهه وقال : أعف عن عبدك سبعين مرة كل يوم » . (أحمد شفيق الرق في الاسلام ص ٧٤) .

الذى يقام عليه ، فيرى البعض أن حد العبد كحد الحر ، ويرى البعض الآخر أن حد العبد نصف حد الحر .

وانفقوا أيضاً على أن العبد إذا أتلّف شيئاً لآخر فإنه يضمّنه ولكن لا يؤخذ به إلا بعد العتاق^(١) .

ونبحث الآن بعض المسائل الخلافية فيما يتعلق بأهلية الرقيق .

أهلية التملك :

يرى أئمة المذاهب الإسلامية أن العبد لا يملك شيئاً ، فهو وما كسبت يده لسيده^(٢) . ذلك أنه مال ولا يجتمع مملوكيته مالا وملكيته لمال . واستدل الأئمة على ذلك بقوله تعالى : « ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ومن رزقناه منا رزقاً حسناً فهو يففق منه » . واستدلوا على ذلك أيضاً بالسنة ، إذ وردت الأحاديث بأن العبد لا يرث ولا يورث .

ولقد خالف أتباع المذهب الظاهري أئمة المسلمين فقرروا أن العبد كالحر في التملك ما لم يفتزع سيده ماله . وقالوا إن قوله تعالى « ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء » لا دلالة فيه على أن العبد لا يملك شيئاً ، ذلك أن الله سبحانه وتعالى ذكر في الآية من العبيد من كانت صفته ألا يقدر على شيء . وليس معنى ذلك أن هذه الصفة متوفرة في كل عبد . أضف إلى ذلك أن نفي القدرة على شيء قد تسكون لضعف أو مرض .. الخ . فالآية ليس فيها نص ولا دليل ولا إشارة على ذكر ملك أو مال . ونظير ذلك قوله تعالى « وضرب الله مثلاً رجلين أحدهما أبكم لا يقدر على شيء وهو كل على مولاه أينما يوجهه لا يأت

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧١ .

(٢) الهداية ج ٤ ص ١ ، ٧ . والهندية ج ٥ ص ٧٢ وما بعدها . والتقرير والتحجير ج ٢

بخير» . فهل يجب من هذا أن تكون هذه هي صفة كل أبكم أو أن يكون الأبكم لا يملك شيئاً^(١) .

كما أن الأحاديث التي قررت أن العبد لا يرث ولا يورث لا دلالة فيها على أنه لا يملك . إذ أن الإرث ليس إلا سبباً من أسباب متعددة لا اكتساب الملكية ، فالعمة لا ترث وليس معنى ذلك أنها لا تملك .

ولقد استدل أنصار المذهب الظاهري على أهلية الرقيق للتملك بالقرآن والسنة .

١ — القرآن : أمر الله سبحانه وتعالى بإعطاء الأمة صداقها . فالصداق حق للأمة أى ملك لها . قال تعالى « ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات والله أعلم بإيمانكم بعضكم من بعض فانكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن بالمعروف » . كما أن الله سبحانه وتعالى وعد الإماء والعبيد بالغنى وأخبر أن الفقر والغنى جائزان عليهم ، إذ قال تعالى « وانكحوا الأيحيى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله » . ولا يجوز أن يوصف بالفقر إلا من يملك ، فيعدم مرة ويستغنى أخرى . وأما من لا يملك أصلاً فلا يجوز أن يوصف بفقر أو غنى كالإبل والبقر والسباع والجمادات^(٢) .

٢ — السنة : كان الرسول صلى الله عليه وسلم يجيب دعوة المملوك إذا دعاه لطعام أو شراب . فلو لم يكن مالاً له لما أجاب عليه السلام دعوته .

ولقد اختلف الفقهاء في مسألة أخرى وهي هل يملك العبد ما يملكه سيده إياه . فيرى أبو حنيفة أن العبد لا يملك إطلاقاً وإن ملكه سيده شيئاً^(٣) .

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ رقم ١٣٩٨ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٣٢٢ .

(٣) الدر المختار ج ٢ ص ٥٤٥ .

وقال بجواز تملكه مالك والشافعي في مذهبه القديم وابن حنبل في رواية غير مشهورة عنه^(١).

مما سبق نرى أن فقهاء المسلمين اختلفوا في جواز تملك العبد فبعضهم أعطاه حرية التملك كاملة ، والبعض حججها عنه كاملة ، والبعض توسط بين أولئك وهؤلاء .

أهلية الرقيق في التعاقد :

سلك أنصار المذهب الظاهري مسلكاً متمشياً مع منطقة بهم مخالفين به سائر مذاهب أئمة المسلمين . فقالوا إن العبد كالحر في جواز صدقته وهبته وبيعه . ذلك أن الله سبحانه وتعالى أمر بالصدقة إذ قال : « يا أيها الذين آمنوا لا تلهكم أموالكم ولا أولادكم عن ذكر الله ومن يفعل ذلك فأولئك هم الخاسرون وأنفقوا مما رزقناكم من قبل أن يأتي أحدكم الموت فيقول : رب لولا أخرتني إلى أجل قريب فأصدق وأكون من الصالحين » . والنص عام يشمل الذكور والاناث والأحرار والأرقاء ، ولا خلاف في أن العبد والأمة مخاطبان بالإسلام وشرائعه ، ملزمان بتخليص أنفسهما والتقرب إلى الله تعالى بصالح الأعمال ، موعودان بالجنة متوعدان بالنار كالأحرار ولا فرق . فالتفريق بينهما خطأ إلا حيث جاء النص بالفرق بينهما^(٢).

أما باقي فقهاء المسلمين فقد خالفوا هذا الرأي . وقالوا إن العبد محجور عليه في الأصل . وفرقوا في أهلية التعاقد بين العبد غير المأذون والعبد المأذون .

(١) القوانين الفقهية ص ٢٩٠ ، ٢٩١ . فتح العزيز ج ٩ ص ٢٤١ . وشرح الخرشى

ج ٤ ص ٢١٠ . المغنى ج ٤ ص ٢٩١ ، ٢٩٨ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٣٢٠ .

١ — العبد غير المأذون :

الراى السائد لدى فقهاء المسلمين هو أن العبد غير المأذون أهل لإيقاع الطلاق ومباشرة التصرفات المفيدة كقبول الهبة والوصية ^(١).

فهو أهل لإيقاع الطلاق بدون إذن سيده لما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أن الطلاق لمن كان بيده الساق ، ولما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال « إذا نكح العبد بغير إذن مواليه فنكاحه حرام ، فإن نكح بإذن مواليه فالطلاق بيد من يستحل الفرج » . وهو قول أبى حنيفة ومالك والشافعى وأبى سليمان والحسن وإبراهيم وسعيد بن جبیر . إلا أن هناك قولاً ضعيفاً يحرم العبد من إيقاع الطلاق ، فقد روى عطاء عن ابن عباس أنه قال « ليس طلاق العبد ولا فرقته بشيء وأن طلاق العبد بيد سيده وإن طلقه جاز ^(٢) » .

وهو أهل لمباشرة التصرفات المفيدة دون إذن ، ويدخل ما كسبه فى ملك سيده ، لأنها تصرفات لا تعقب عوضاً فاشبهت الاضطياذ والاحتطاب واشبهت الخلع حيث يصح ذلك من العبد دون إذن السيد ، وتثبت للملكية للأخير . إلا أن الاضطخري من فقهاء الشافعية يرى أن العبد لا يملك مباشرة هذه التصرفات بدون إذن السيد لعدم رضائه بثبوت الملك ^(٣).

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالنكاح والبيع فالراى السائد لا يحيز للعبد مباشرتها دون إذن ، فإن باشرها وحده فىرى البعض أن التصرف يكون باطلا ويرى البعض الآخر أنه موقوف يصير صحيحاً بالإجازة . وإليك البيان :—

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٦٩ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٣١ .

(٣) المرجع السابق فى الموضوع المشار إليه .

(٤) الوجيز وشرحه فتح العزيز ج ٩ ص ١٤٢ .

النظام :

يرى الظاهرية أن للعبد أن يفسخ بدون إذن سيده شأن نكاحه في ذلك شأن جميع تصرفاته عندهم . ويرى الشافعية أن نكاحه باطل لأنه لو جاز نكاحه لكان له أن يطأ متى شاء فيرث ضعف البنية فيمتضرر السيد بذلك . وهذا حكم كل تصرف يتعلق برقبة العبد ^(١) . ولا يصح العقد ولو أجازته السيد فيما بعد . واستدلوا على ذلك بما روى عن جابر بن عبد الله أنه قال : قال الرسول صلى الله عليه وسلم « إياما عبد فسكح بغير إذن سيده فهو عاهر » .

ويرى مالك وأبو حنيفة أن نكاح العبد بدون إذن سيده موقوف على الإجازة ، إن أجازته السيد نفذ وإن لم يحزه بطل ^(٢)

ولقد اختلف الفقهاء في تحديد عدد الزوجات التي تحمل للمملوك . فيرى مالك أن له أن يتزوج بأربع لأن النكاح من خصائص الآدميين فهو والحر في ذلك سواء . ويرى سائر الأئمة أن حله يقتصر على اثنتين حرتين كانتا أو أميتين ، ذلك أن الرق يؤثر في تنصيف المعداد كما هو الحال في الجلد والعدة .

ولقد اختلف الفقهاء في مسألة أخرى وهي عدد الطلقات التي تسقط حل النكاح ومقدار العدة في حالة طلاق الحر للأمة أو العبد للحر .

فيرى البعض أن الطلاق والعدة بالنساء . وعلى ذلك إذا كانت الحررة تحت العبد فطلاقها ثلاث وعدتها ثلاث حيضات ، وإذا كانت الأمة تحت الحر فطلاقها اثنتان وعدتها حيضتان . وبه يقول أبو حنيفة وأصحابه ، واستدلوا على ذلك بما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان » .

(١) الوجيز وشرحه فتح العزيز ج ٩ ص ١٤١ .

(٢) التقرير والتجوير ج ٢ ص ٢٨٢ . والمحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٦٨ .

ويرى البعض الآخر أن الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ، وبه قال مالك والشافعي . وعلى ذلك إذا طلق الحر الأمة فطلاقها ثلاث وعدتها حيضتان ، وإذا طلق العبد الحرة فطلاقها اثنتان وعدتها ثلاث حيضات . ولقد استدلوا على ذلك بما روى عن عطاء وابن عباس أنهما قالا « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ^(١) » . ويرى البعض الآخر أن الحكم للرق خاصة ، وعلى ذلك فالحر يطلق الأمة تطليقتين وتعتد حيضتين ، والعبد يطلق الحرة تطليقتين وتعتد حيضتين ، وبه قال ابن عمر وعثمان البتي .

ونحن نرى أن رأى أبي حنيفة هو الأصح هذه الآراء ، ذلك أن الحديث الشريف صريح في أن العبرة في الطلاق والعدة بالنساء ^(٢) .

البيع :

يرى الحنفية أن العبد غير المأذون ينعقد بيعه موقوفا على اجازة سيده ، ان اجازة نفذ وأن لم يجزه بطل ^(٣) ، ذلك أن العبد من أهل الالتزام ، إنما حجر عليه من أجل حق سيده .

ويرى الشافعية أن يبيع العبد غير المأذون وشراءه باطلان ، لأنه لو صح فاما أن يثبت المالك في ذمة العبد وهذا غير جائز ، لأن العبد ليس من أهل التملك ، واما أن يثبت في ذمة السيد بعوض يلزمه أو يلزم العبد ، وكلا الوجهين ممتنع لأنه لو ثبت العوض في ذمة السيد لكان في ذلك التزام بدون رضائه ، ولو ثبت

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٣٣ .

(٢) التقرير والتحجير ج ٢ ص ١٨٢ .

(٣) ودائع الصنائع ج ٧ ص ١٧١ .

العوض في ذمة العبد لكان في ذلك حصول أحد العوضين لغير من يلزم وهذا غير جائز^(١).

ب — العبد المأذون :

يجوز للسيد أن يأذن لعبده في التجارة وفي إبرام سائر التصرفات من بيع وإجارة ونكاح ... الخ لأنه صحيح العبارة ومنعه من التصرف لحق سيده ، فإذا أذن له ارتفع المانع .

وإذا أذن السيد لعبده بالتجارة . فإما أن يكون الإذن عاماً وأما أن يكون خاصاً .

فإذا كان الإذن عاماً فيصير العبد مأذوناً في أنواع التجارة كلها بالانفاق . أما إذا كان الإذن خاصاً ، كأن يقول السيد لعبده أتجر في البر أو في الطعام أو في الرقيق كان مأذوناً في التجارات كلها عند أبي حنيفة ومالك . ذلك أن الحجر لا يتجزأ ، فإذا زال بعضه زال كله^(٢) . ولقد قال الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود السكاساني الحنفى في كتابه بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع^(٣) إن « تقييد الإذن بالنوع غير مفيد فيبلغوا استدلالاً بالمكاتب ، وهذا لأن فائدة الإذن بالتجارة تمكين العبد من تحصيل النفع المطلوب من التجارة وهو الربح ، وهذا في النوعين (التجارة المأذون فيها وغير المأذون فيها) على نمط واحد ، وكذا الضرر الذي يلزمه في العقد عسى لا يتفاوت ، فكان الرضا بالضرر في أحد النوعين رضا به في النوع الآخر . فلم يكن التقييد بالنوع مفيداً فيبلغو ويتبقى الإذن بالتجارة عاماً فيتناول الأنواع كلها ، مع أنه وجد الإذن في النوع الآخر دلالة لأن الغرض من الإذن

(١) الوجيز وشرحه فتح العزيز ج ٩ ص ١٤٢ .

(٢) الدر المختار ج ٢ ص ٥٤٥ وشرح الحطاب ج ٥ ص ٦٦ .

(٣) البدائع ج ٧ ص ١٧٢ .

هو حصول الربح ، والنوعان في احتمال الربح على السواء ، فكان الإذن بأحدهما
إذنًا بالآخر دلالة » .

ويرى زفر والشافعي وابن حنبل رضى الله عنهم أن العبد يتقيد بنوع
التجارة المأذون بها دون غيرها من التجارات ^(١) ذلك أن الإذن في نظرهم إنابة
وتوكيل ، شأنه شأن الوكالة والإنابة ، قابل للتقييد والتخصيص ^(٢) . « فالعبد
متصرف عن إذن فلا يتعدى تصرفه مورد الإذن كالوكيل والمضارب ، ولهذا
يثبت حكم تصرفه لمولاه » ^(٣) .

والإذن متى كان صريحاً فلا مجال للخلاف فيه . ولكن إذا رأى السيد عبده
يشترى أو يبيع فهل يعتبر سكوته إذنًا ؟. اختلف الفقهاء في هذه المسألة فيرى
الحنبلليون والحنفيون كالإمام زفر أن سكوت السيد لا يعتبر إذنًا ^(٤) لأن السكوت
يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يصلح دليل الإذن مع الاحتمال ، كما أن السكوت
لا يعتبر رضا إلا في مواضع معينة ليس فيها سكوت السيد عند رؤيته عبده يبيع
أو يشتري . أما رأى الحنابلة عند الحنفيين والمالكيين هو أن سكوت السيد
يعتبر إذنًا لأنه لو لم يكن راضياً لنهى عبده عن التصرف فكان احتمال السخط
احتمالاً مرجوحاً ^(٥) . ويرى بعض المالكيين أن سكوت السيد يعتبر إذنًا فقط
في التصرف المسكوت عنه ولكن لا يعتبر إذنًا عاماً مخرجاً من الحجر ^(٦) .

(١) الوجيز وشرحه فتح العزيز ج ٩ ص ١٢٢ . والشرح الكبير بذيلى المفتى ج ٤ ص ٥٣٣ .

(٢) شرح الخطاب ج ٥ ص ٦٦ .

(٣) البدائع ج ٧ ص ١٩٢ .

(٤) الهداية ج ٤ ص ٨ . وآداب الأوصياء ج ١ ص ٢٤٧ . والفتاوى الخانية ج ٣ ص ٦٩٥ .

بهامش الهندية . والوجيز وشرحه فتح العزيز ج ٩ ص ١٢٥ .

(٥) البدائع ج ٧ ص ١٩٢ . والبهجة في شرح التحفة ج ٢ ص ٢٥٤ ، ٢٩٥ .

(٦) شرح المواق على سيدى خليل بهامش الخطاب ج ٥ ص ٦٥ .

٥ - عند الشخص الاعتباري

عرفنا فيما سبق أن الذمة تثبت للإنسان منذ ولادته لحين وفاته . وهي خاصة من خواص الإنسان ترجع إلى تركبه من بدن ونفس ناطقة وإلى ما أودعه الله فيه من قوى ومشاعر تجعله صالحاً للالتزام والالتزام . وهي لا تثبت لغير بني الإنسان لانعدام تلك الخصوصية . وما ورد في بعض الكتب الشرعية من جواز الوصية للذئابة لعلفها أو الانفق عليها . ليس معناه أن للحيوان حقوقاً ، وبالتالي أهلية لأن الوصية هنا هي في الحقيقة وصية لمالك الحيوان ، إذ أن مؤونته عليه فكأنه هو المقصود بالوصية . لذلك يستطيع أن ينفق ما أوصى به في أي شأن آخر من شئونه ، هذا عند الحنفية ^(١) . أما الشافعية فيقيدون المالك بما اشترط في الوصية وفي ذلك يقول الرملي ^(٢) « ولا يصح الوقف على بهيمة لاستحالة تملكها . وقيل يصح ويكون وقفاً على مال كها . وهذا ظاهر لما قيل من أن الوقف كالوصية يستقي أحكامه منها فيكون حكم الوقف بها كحكم الوصية لها » .

أما الجهات كالأوقاف وبيت المال والمستشفيات ، فقد صرح الفقهاء بالأذمة لها . فجاء في تنقيح الحامدية ^(٣) . « المصريح به أن الوقف لأذمة له وإن الاستدانة من القيم لا تثبت الدين في الوقف إذ لأذمة له » ولا يثبت الدين إلا على القيم ويرجع به على الوقف ، وورثته تقوم مقامه في الرجوع ومثل الوقف بيت المال وما في حكمه . ^(٤)

(١) الدر المختار وحاشيته رد المحتار ج ٥ ص ٤٦٩ .

(٢) نهاية المحتاج ، الرملي ، ج ٥ ص ٣٦١ .

(٣) تنقيح الحامدية ج ١ ص ٢٢٣ .

(٤) أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص ٢٦٦ .

وبالرغم من أن الفقهاء يؤكدون أن هذه الجهات لا ذمة لها ، نجدهم في نفس الوقت يرتبون لها أحكاماً تفيد أن لها حقوقاً وعليها واجبات ، يطالب بها من له الولاية عليها ، مما يجعلها أهلاً للالتزام والالتزام .

ففي الوقف إذا استدان الناظر مبلغاً من المال لتعمير أعيانه أو إذا اشترى له شيئاً نسيئة فإن الدين يثبت في ذمة الوقف دون الناظر ، فلو عزل لا يطالب بالدين ، وإنما يطالب به الناظر الجديد باعتباره ممثلاً للوقف المدين . ولقد ورد هذا المعنى في تنقيح الحامدية ^(١) ، فنص على أنه « إذا كان للمسجد وقف فأذن لحصري أن يكسو المسجد ، ويكون ثمن الحصر من ريع الوقف ففعل ، وعزل الناظر ثم تولى ناظر آخر ، وهو إلى الآن ناظر ، والناظر الأول لم يتناول من ريع الوقف شيئاً ، فهل يلزم الناظر الثاني تخليص حق الحصري ، لأن حقه معلق بريع الوقف ، أم يلزم الناظر الأول ؟ الجواب ، يلزم الناظر الثاني تخليص حق الحصري ودفعه له من ريع الوقف ولا يلزم ذلك الناظر الأول حيث عزل » .

وقرروا كذلك أن موت الناظر لا يسقط الاجارة الصادرة منه ، ومفهوم ذلك أن المؤجر الحقيقي هو الوقف وما الناظر إلا نائب عنه . ولو كان الأمر غير ذلك ، لسقطت الاجارة بموت الناظر وفقاً للقواعد العامة التي تقضى بانقضاء عقد الاجارة بوفاة أحد طرفيه .

وإذا لم يدفع المستأجر الأجرة فإنه يكون مديناً لجهة الوقف دون الناظر ودون المستحقين . ويترتب على كونه غير مدين للناظر أن الأخير لا يستطيع مطالبته في حالة عزله ، كما لا يستطيع ورثته ذلك في حال وفاته . ويترتب على كونه غير مدين للمستحقين أنهم لا يستطيعون مطالبته ، وإنما الذي يطالبه هو الناظر باعتباره ممثلاً للوقف الدائن ^(٢) .

(١) تنقيح الحامدية ج ١ ص ٢٢٣ .

(٢) راجع على الحقيف ، الحق والذمة ، ص ٩٨ .

ومثل الوقف غيره من الجهات كبيت المال، فإنه يتملك بالميراث التركات التي لا وارث لها ولا مستحق لها بالوصية، ويلتزم بيت المال بالنفقة على الفقراء واعطاء أجور القضاة والموالين وأعوانهم . . . الخ . كما أن له حقوقاً تتمثل فيما يحصله من ضرائب وزكاة . كل هذا يثبت أن لبيت المال ذمة تجعله أهلاً لا اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات .

ولقد ورد في كتب الشافعية والمالكية عبارات صريحة تفيد أن للوقف والمسجد وبيت المال وغير ذلك من الجهات ملكاً كالأشخاص تماماً ، وقالوا إنه ملك حكيم لا ملك حقيقى . من ذلك ما جاء فى أسنى المطالب على شرح روض الطالب للشيخ زكريا الأنصارى^(١) من أنه « ولو كان المسجد شقص من أرض مشتركة مملوكة له بشراء أو هبة ليصرف فى عمارته ، ثم باع شريكه نصيبه فى تلك الأرض ، فللقيم على المسجد أن يشفع ويأخذ حصة الشريك بالشفعة إن رأى مصلحة فى ذلك . كما لو كان لبيت المال شريك فى أرض فباع شريكه نصيبه فيها ، فللإمام الأخذ بالشفعة إن رأى مصلحة » .

كما جاء أيضاً فى بعض الكتب عبارات صريحة يستفاد منها أن بعض الجهات أهل لا اكتساب الحقوق ، مثل ذلك ما ورد فى نهاية المحتاج من أن المسجد فى منزلة حر يملك^(٢) .

(١) أسنى المطالب على شرح روض الطالب ، ج ٣ ص ٣٦٥ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٤٦ .

الباب الثاني

أهلية الأداء

الفصل الأول

ماهيتها

تعريف :

يعرف فقهاء الأصول أهلية الأداء بأنها صلاحية المكلف لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعا^(١).

ويقصر البعض الأهلية على صلاحية المكلف لصدور التصرف القولي .
لذلك يقولون إنها شرط لصحة التصرفات القولية دون الفعلية^(٢).

بينما يرى البعض الآخر أنها تشمل الأفعال والأقوال بحيث إذا صدر من المكلف عقد أو تصرف ترتبت عليه آثاره ، وإذا صلى أو حج اعتبر فعله مسقطا للواجب ، وإذا ارتكب جنائية على غيره أقيم عليه الحد والتزم بالتعويض^(٣) .
وهذا الخلاف له نظير بين فقهاء القانون الوضعي .

فيرى معظمهم أن أهلية الأداء مقصورة على الأعمال القانونية وحدها ،
لذلك يعرفونها بأنها صلاحية الشخص لمباشرة أعماله القانونية على وجه يعتد به شرعا^(٤).

بينما يرى البعض أن الأهلية تشمل الأعمال القانونية والأعمال المادية . لذلك

(١) شرح المنار لابن ملك ص ٣٣٣ — ٣٣٥ ، وأحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها ، ص ٤ .

(٢) أبو زهرة . الملكية ونظرية العقد ص ٢٧١٠ .

(٣) خلاف . أصول الفقه ص ١٥٥ .

(٤) الموجز للسهروري ص ٨١ . وسليمان مرقص ، المدخل للعلوم القانونية ، ص ٣٨٥ .

يعرفونها بأنها « صفة تلحق الشخص فتصبح أعماله منتجة لآثارها القانونية »^(١).
وبذلك تكون الأهلية في نظرهم هي المسؤولية .

ولكننا نرى أن هذا القول الأخير محل نظر . ولتفصيل ذلك نقول إن الحقوق والالتزامات إما أن تنشأ بحكم القانون أو بتصرف إرادى من الشخص . والأولى إما أن تنشأ بحكم القانون مباشرة كالإرث ، فبالوفاة يكتسب المورث بقوة القانون أموال مورثه . وإما أن تنشأ عن القانون بطريق غير مباشر أى بعمل مادي يصدر من الإنسان كالعمل الضار والعمل النافع . وهذا العمل قد يديره الإنسان وقد لا يديره ، وقد يرد آثاره وقد لا يردّها . يحمل القول أن هذه الآثار نتيجة رتبها القانون على حدوث أمر معين ، هو ذلك العمل المادى . وما دامت هذه الآثار تترتب على العمل المادى بقوة القانون فلا مجال للبحث عن أهلية الشخص لأداء هذا العمل .

تميز الأهلية عنه المسؤولية :

الأهلية صفة لاصقة بالشخص ، ينظر فيها لصلاحية الشخص للقيام بالعمل ، ولو قبل وقوعه . فنقول إنه أهل للبيع أو الإيجار ، بمعنى أن عبارته صالحة لأن تنشئ هذا التصرف ، فإذا باشره ترتبت عليه آثاره . أما المسؤولية فلا محل للبحث عن توفرها في الشخص أو عدم توفرها إلا إذا وقع منه العمل فعلاً سواء كان مادياً أو قانونياً . لذلك لا نقول إن شخصاً ما أهل للقيام بالعمل المادى كإيذاء الغير ، بل نقول إنه مسئول إذا وقع منه هذا العمل وتوفرت شروط المسؤولية .

من أجل هذا قصرنا الأهلية على صلاحية الشخص لصدور التصرف القولى منه وأخرجنا من نطاقها الأعمال المادية . يدل على ذلك أيضاً أن الجزاء في حالة انعدام الأهلية هو بطلان العمل الصادر من عديم الأهلية ، والبطلان لا يمكن أن يلحق إلا بالتصرف القولى دون العمل المادى ، لأن الفعل إذا وقع لا يمكن رده .

(١) شقيق شحاته . النظرية العامة للحق ص ٧٠ .

ولا تلازم بين الأهلية والمسئولية . فقد يكون الشخص عديم الأهلية ومع ذلك يسأل عن أعماله الضارة .

ففي الشريعة الإسلامية يسأل عديم الأهلية عن الأضرار التي يباشرونها^(١) .
ففي أحوال المباشرة إذا ارتكب القاصرون جناية على النفس ، وإن لم يجب عليهم القصاص ، وجبت الدية على عاقلتهم أو في مالهم^(٢) . ولو أتلفوا أموال غيرهم مباشرة فإنهم يضمنون الضرر الذي يباشرونه ، ولا يكون وليهم مسئولاً^(٣) . وقد جاء في جامع أحكام الصغار^(٤) « وفي فوائد أبي حفص ، صبي بال على السطح فخرج البول من المزاب وأصاب ثوب رجل فأفسده ، يغرم الصبي في ماله ، فإن لم يكن له مال يكون ديناً عليه يؤخذ به إذا أيسر . وفي الفوازل لو رمى صبي سحماً فأصاب عين امرأة لا ضمان على والده ، وإنما يجب في ماله ، وإن لم يكن له مال فنظرة إلى ميسرة » .

ولقد أخذت بهذا الحكم مجلة الأحكام العدلية في فصل مباشرة الإيتلاف فنصت المادة ١٦ منها على أنه « إذا أتلف صبي مال غيره فيلزم بالضمان من ماله ، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يسره ، ولا يضمن وليه » .

ولقد قاست المجلة ضمان المعتوه والمجنون على ضمان الصبي فنصت في المادة ٩٦ على أن الصغير والمعتوه والمجنون محجورون لذاتهم وأنهم « وإن لم يعتبر تصرفهم

(١) مجمع الضمانات للبغدادى ص ١٧٠ ، ٩٧٣ . والبدائع ج ٧ ص ١٦٨ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ٢٢٩ . والمبسوط ج ٢٦ ص ٦٦ و ج ٢٧ ص ١٢٥ . قال الشافعى « لا يعقل صبي ولا امرأة لأن حمل الدية على سبيل النصرة بدلا عما كان في الجاهلية من النصرة بالسيف . ولا نصرة في الصبي والمعتوه والمرأة » . المذهب في الوضع المشار اليه .

(٤) جامع أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ج ١ ص ١٥٧ .

القولى لكن يضمنون حالا الضرر والخسارة اللذين نشأ من فعلهم . مثلاً يلزم
الضمان على الصبي إذا أتلف مال الغير وإن كان غير مميز .
وهذا القياس مقبول عند جمهور الفقهاء وإنما تردد فيه جماعة من
المالكين^(١) .

ولقد فرقت الشريعة الإسلامية فى مسئولية غير المميز بين أحوال المباشرة
وأحوال التسبب . ففى أحوال المباشرة تقوم المسئولية كما بينا . أما فى أحوال
التسبب فلا يسأل الفاعل إلا إذا كان مميزاً عملاً بقاعدة « المتسبب لا يضمن إلا
بالتعمد » . ولا يمكن تصور العمد من عديم التمييز . ولقد ورد فى كتب الفقه كثير
من الأمثلة تؤيد عدم مسئولية غير المميز فى حالة الإلتلاف تسبباً . مثل ذلك ما جاء
فى المبسوط^(٢) من أنه « لو سار الصبي على الدابة فوطأ إنساناً فقتله . فإن كان هو
من يستمسك عليها ، فديته على عاقلة الصبي . وإن كان مما لا يسير على الدابة
لصغره ولا يستمسك عليها قدم القتل هدر » . ومعنى ذلك أن الضمان لا يجب
على الصبي فى حالة ما إذا كان لا يستمسك عادة على الدابة ، أى لا يملك التمييز
اللازم لذلك ، ومن ثم لا يتوفر بالنسبة له التعمد الذى يشترط فى الضرر الذى
حصل تسبباً .

أما القانون المذنى المصرى فقد استأزم لمسئولية الشخص عن أعماله غير
المشروعة أن يكون بالأقل مميزاً . ومن ثم فإن الصبي المميز ولو أنه ناقص الأهلية
فإنه يسأل مسئولية تامة عن الأضرار التى تصيب الغير نتيجة لخطئه .

(١) موطأ مالك بشرح السيوطى ج ٢ ص ١٨٩ . والابهاج للسبكي فى شرح المنهاج
للبيضاوى (بذيلى نهاية السؤل لالسنوى ج ١ ص ١٠٠) . وشرح الحطاب على سيدى
خليل ج ٥ ص ٢٧٨ .

(٢) المبسوط ج ٢٦ ص ١٨٧ .

وقد أخذ المشرع المصرى بنظرية الخطأ فى المسئولية ، مسائراً بذلك معظم التشريعات الحديثة كالقانون الفرنسى (المادتان ١٣٨٢ ، ١٣٨٣) والقانون المدنى الألمانى (مادة ٨٢٣) والتقنين النمساوى (مادة ١٢٩٧) . ومقتضى هذه النظرية أن الشخص لا يسأل عن أعماله إلا إذا كان مخطئاً . ولما كان الخطأ هو الإخلال بالالتزام العام الذى يفرضه القانون على الناس باتخاذ الحيطة لعدم الإضرار بالغير ، والمشرع لا يتوجه بالخطاب إلا إلى شخص مميز يستطيع أن يفهم أوامره ، فإنه لا يمكن تصور صدور الخطأ من عديم التمييز لأنه لا خطأ دون التزام سابق ، ولا التزام دون تمييز ^(١) .

ولقد أجاز القانون المصرى مسئولية عديم التمييز فى أحوال خاصة ، إذا لم يوجد من هو مسئول عنه أو إذا تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، إما لعدم إقامة الدليل على مسئوليته وإما لإعساره (مادة ١٦٤ / ٢) ^(٢) .

كما أن المحجور عليه لعته أو جنون ، وإن اعتبر فى القانون المصرى عديم الأهلية طول فترة الحجر ، إلا أنه يسأل عن أعماله فى هذه الفترة إذا صدرت منه فى حالة الإفاقة . ولم تأخذ الشريعة الإسلامية بنظرية الخطأ فى المسئولية إلا فى أحوال التسبب دون أحوال المباشرة . لذلك جاء فى مجلة الأحكام العدلية (مادة ٩٢ ، ٩٣) أن « المباشر ضامن وإن لم يتعمد (يخطئ) » والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد . ولقد ورد هذا المعنى أيضاً فى كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم ^(٣) إذ قال : « المباشر ضامن وإن لم يتعمد والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد » .

(١) سليمان مرقس ، بحث فى مجلة التشريع والقضاء ، السنة الأولى ص ١٠ .

(٢) يلاحظ أن هذه المسئولية لا تقوم على أساس الخطأ . وهى مسئولية جوازية أى يجوز للقاضى أن يحكم بها أو لا يحكم بها . وله أن يرفض الحكم بالتعويض إذا كان عديم التمييز غير قادر على أدائه ، ويجوز له عند الاقتدار اتقاص التعويض حتى يكون فى حدود سعته . (الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٢ ص ٢٥٨) .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٣ . الجامع وشرحه المنافع ص ٣٣١ . ومجمع الضمانات ص ١٤٦ .

واشتراط الشريعة الخطأ في أحوال التسبب دون المباشرة راجع إلى أن المباشرة متصلة بالفعل ، دون فاصل ولا شبهة ، فهي وحدها كافية للضمان . أما التسبب فهو بعيد الصلة عن الفعل ، لذلك وجب التعمد (الخطأ) لتقويته وتقريبه من الفعل بصورة ملموسة .

تمييز الأهلية عنه الولاية :

الأهلية هي صلاحية الشخص لمباشرة شؤنه . أما الولاية فهي صلاحية الشخص لمباشرة شئون غيره . وعرفها الحموى بأنها « نفاذ التصرف على الغير شاء أو أبى » .

والولاية نوعان : عامة وخاصة . والولاية العامة هي ولاية الإمام أو القاضي الذي ينتدبه ، وبموجبها يتصرف على الرعية بما فيه مصلحتهم . أما الولاية الخاصة فهي التي يتولاها أحد أفراد الرعية على شخص معين أو لأمر معين .

وقد تثبت الولاية بحكم الشرع كولاية الأب أو الجد على الصغير وكولاية الوصى المختار من قبل الأب أو وصيه وكولاية الوصى المنصوب من القاضي . وقد تثبت الولاية بالاتفاق كولاية الوكيل على العقد بتوكيل صاحب الشأن . وهذه الولاية لا تثبت إلا إذا كان الموكل أهلاً للقيام بالتصرف الذي وكل فيه ، إذ القاعدة أن فاقده الشيء لا يعطيه لغيره .

هذا الاختلاف بين نظامي الأهلية والولاية يظهر فيما يلي .

- ١ — الأهلية هي الأصل . فالأصل أن كل إنسان يتمتع بأهلية كاملة وأن انتفاءها أمرا استثنائياً لا يثبت إلا بحكم الشرع . أما ولاية الإنسان على غيره فليست أمراً أصلياً بل هي أمر استثنائي يثبت بحكم الشرع في حالات معينة كما في حالة العاجزين عن رعاية أنفسهم وإدارة شئونهم ، وقد تثبت بالاتفاق كولاية الوكيل .
- ٢ — قد يستطيع الشخص أن يباشر لحساب غيره حقوقاً لا يستطيع أن

يباشرها لنفسه . فالصبي المميز ، عند الحنفية ، يمكن أن يكون وكيلا عن غيره في إبرام عقود لا يستطيع أن يبرمها لنفسه ، كالنكاح والهبة . ذلك أن عبارته صالحة لإنشاء العقود وإنما حُجِرَ عليه للمحافظة على أمواله بسبب عجزه عن إدارتها . ولما كانت آثار التصرف الذي أبرمه لن تنصرف إليه إنما تلحق موكله ، لذلك لا يلزم أن يكون كامل الأهلية ، بل يكفي فقط أن تكون لديه إرادة كافية لانعقاد العقد . أما الشافعية فيرون أن كل من لم يستطع مباشرة عقد لنفسه لا يستطيع أن يباشره لغيره .

الفصل الثاني

مناط الأهلية

أهلية الأداء مناطها التمييز بالعقل . فيستطيع الإنسان أن ينشئ بعبارته حقاً له أو عليه . وصلاحيه الإنسان لأن تنتج عبارته آثارها لا تتوفر إلا إذا كان من صدرت منه العبارة فاهماً لمعناها قاصداً آثارها الشرعية . فينبههم أن البيع سالب للملك والشراء موجب . ومن فقد التمييز لا يتم له هذا القصد في عبارته .

ولما كان العقل أسراً خفياً، لا يمكن إدراكه بالحس الظاهر، أقيم البلوغ وهو أمر ظاهر مقام العقل، طبقاً للقاعدة الكلية التي تقضي بربط الأحكام بعلمها لا بحكمها . ولقد ورد هذا المعنى في التقرير^(١) والتحبير، إذ جاء فيه « ولا يفاط التكليف بكل قدر فأنيط بالبلوغ، أي بلوغ آدمي حال كونه عاقلاً . ويعرف كونه عاقلاً بالصادر عنه من الأقوال والأفعال ، فإن كانت على سنن واحدة كان معتدلاً بالعقل ، وإن كانت متفاوتة كان قاصر العقل . إلا أن الشرع أقام اعتدال الحال بالبلوغ عن عقل بلاعته مقام كمال العقل في توجه الخطاب تيسيراً على العباد ، ثم صار صفة الكمال الذي يتوهم وجوده قبل هذا الحد ساقط الاعتبار ، كما سقط توهم بقاء النقصان بعد هذا الحد . كما عرف من أن السبب الظاهر إذا أقيم مقام الباطن يبدو والحكم معه وجوداً وعدمًا » .

وقد يصل الإنسان إلى حد البلوغ ومع ذلك يعتبر عديم الأهلية أو ناقصها إذا قام الدليل على انعدام عقله أو نقصانه أو كان في تصرفاته ما يدل على نقصان

تديره المالى . والأول هو المجنون ، والثانى هو المعتوه المميز ، والثالث هو السفیه
ويلحق به ذو الغفلة .

والبلوغ هنا لم يصلح علة لثبوت الأهلية الكاملة لأن من شروط العلة أن
تكون أمراً مناسباً لتحقيق حكمة الحكم . فإذا قام الدليل على انتفاء هذه
الحكمة فقد الأمر صفة العلية .

وقد رأينا أن نخصص بحثاً مستقلاً نتكلم فيه عن كل من البلوغ والعقل
والرشد ، وهى الدعامات الثلاث التى تقوم عليها الأهلية .

المبحث الأول

البلوغ

إذا بلغ الإنسان سن التمييز أصبح قادراً على القيام ببعض التصرفات بما حصل له من نمو في عقله وقوة في بدنه^(١) ، لذلك تعتبر أهليته قاصرة . فإذا بلغ دوراً يفترض فيه أنه قد استكمل عقله اعتبر ذا أهلية كاملة ، وهذا الدور هو البلوغ .

وفي الشرائع القديمة كان البلوغ الشرعى يتم بالبلوغ الطبيعى .
ففي القانون الروماني القديم كان القاصر يعتبر كامل الأهلية بمجرد بلوغه الطبيعى . ولكن استبان فيما بعد أن ذلك أوجد حرجاً ومشقة ، فلذلك حدد البلوغ فيما بعد بسن معينة هى تمام الرابعة عشر للفتى والثانية عشر للفتاة^(٢) .

وفي الشريعة الإسلامية كان البلوغ القانونى مرادفاً للبلوغ الطبيعى .
إلا أن الفقهاء اختلفوا فى العلامات الدالة على البلوغ . فذهب جمهورهم إلى أن هناك علامات مشتركة بين الرجل والمرأة تدل على بلوغهما وهى الاحتلام والسن ، وعلامات تستقل بها المرأة وهى الحيض والحبل . وبهذا أخذت المجلة (المادة ٩٨٥) .

أما معرفة البلوغ بالاحتلام فلقول الرسول صلى الله عليه وسلم ، رفع القلم عن ثلاثة ، فيها الصبى حتى يحتلم^(٣) . فدل ذلك على أن البلوغ يثبت بالاحتلام ، ولأن البلوغ والإدراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال ، وذلك بكمال القدرة والقوة وإمكان استعمال سائر الجوارح السليمة ، وذلك لا يتحقق على الكمال إلا عند الإحتلام .

(١) أحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها ، ص ٤ .

(٢) يوستينيوس (الأحكام ٢١ ، ٢٢) .

(٣) نص الحديث هو « رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم » . روى فى سنن أبى داود ح ٤ رقم ٤٤٠١ . وفى الجامع الصغير للسيوطى ج ١ رقم ٤٤٦٣ .

ويرى معظم الحنفيين جواز اثبات البلوغ بانبات الشعر ، خلافا للأئمة أبي يوسف ومالك والشافعي وابن حنبل^(١) .

فإن لم يوجد شيء من هذه العلامات فيتحقق البلوغ بالسن . ولكن داود الظاهري خالف الفقهاء في ذلك وقال لاحد للبلوغ من السن لأن ذلك يخالف الحديث الشريف الذي يقرر رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم .

ولقد اختلف علماء الشريعة في تحديد السن التي يتم بها البلوغ . فقال أبو حنيفة سن البلوغ ثمانى عشرة للفتى وسبع عشرة للفتاة . وقد حددها أبو يوسف ومحمد والشافعي وابن حنبل بخمس عشرة سنة للفتى وللفتاة جميعاً . ودليلهم ما رواه البخارى في صحيحه والترمذى في سننه والشافعي في مسنده عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عرضه يوم أحد وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزه ، ثم عرضه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازه^(٢) .

وقال الإمام مالك^(٣) يتم البلوغ عندما يبلغ الصبي من السن ما يعلم أن مثله قد بلغ . وقال أصحابه أقوالاً مختلفة أشهرها أن سن البلوغ ثمانى عشرة سنة . ولقد أخذت المجلة بما ذهب إليه جمهور الفقهاء فاعتبرت سن البلوغ خمس عشرة سنة في حالة عدم ظهور علامات (المادتان ٩٨٦ ، ٩٨٧) . وهذه السن هي التي عليها الفتوى عندنا في مصر ، وبها تقييد الحاكم الشرعية .

(١) المختار وشرحه الاختيار للموصلى ج ١ ص ٢٦٦ . وجامع أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ج ١ ص ١١٩ . والمغنى ج ٤ ص ٥١٣ . وفتح العزيز ج ١٠ ص ٢٢٧ . والحرثى ج ٤ ص ٢١١ . والمهذب ج ١ ص ٣٣١ .

(٢) البدائع ج ٧ ص ١٧٢ . فتح العزيز ج ١٠ ص ٢٢٧ . وجامع أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ج ١ ص ١١٩ . ومسند الشافعي بهامش الأم ج ٦ ص ٢٥١ . والمغنى ج ٤ ص ٥١٤ . والتبيين للزيلعى ج ٥ ص ٢٠٣ . تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٤ ص ٤٥٨ .

(٣) شرح الخطاب ج ٥ ص ٥٩ .

وقد قضى عندنا بأن « بلوغ الرشد وهو قدرة الشخص على إدارة أمواله إدارة حسنة لا يمكن أن يكتسب إلا بالبلوغ وهو إذا لم تتحقق علاماته يكون في سن الخامسة عشر ^(١) » .

وقضى أيضاً بأن « المحاكم الشرعية فيما يتعلق بالشئون المالية لم تتغير بما جاء في قانون المجالس الحسبية لأنها مقيدة بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ، ولأنه لا يوجد نص صريح في قوانين المحاكم الشرعية يلزمها بالسير على منهج آخر غير ما هو وارد في قوانينها . فمن بلغ سن الرشد الشرعى المقتضى به وهو خمسة عشر سنة وهو المعمول به أمام المحاكم الشرعية صحت تصرفاته فيما هو محظور عليه بقانون المجالس الحسبية كأن يكون ناظر وقف ^(٢) »

ولقد اشترط الفقهاء الأحناف لسماع دعوى البلوغ سناً لا تسمع قبلها الدعوى وسموها سن المراهقة وحددوها بالثانية عشرة للسلام وبالتاسعة للفتاة (مادة ٩٨٦ من العجلة) . فإذا ادعى الصغير البلوغ قبل هذه السن فلا يصدق في دعواه ولكن يصدق إذا كان ادعائه بعد إدراك هذه السن وكان ظاهر حاله يتحمل هذا الإدعاء ^(٣) .

ويستتبع الكلام عن البلوغ بحث الأدوار المختلفة التي يمر بها الصغير حتى يبلغ .

١ — الصبي غير المتميز

بينما فيما سبق أن الإنسان بعد ولادته تثبت له أهلية وجوب كاملة ولكن لضعف بنيته وقصور عقله عن فهم الخطاب في أول أدوار الحياة لم يكلفه الشارع

(١) محكمة الاستئناف المختلطة ٢٦ مارس سنة ١٨٩٤ . مجلة التشريع والقضاء المختلطة السنة السادسة ص ٢١٣ .

(٢) محكمة مصر الابتدائية الأهلية — مسعجل — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ رقم ٤١٠ — ص ١٠٠٤ — سنة ٢٠ .

(٣) الفتاوى الهندية ج ٥ ص ٦٨ .

أداء شيء بنفسه . لذلك لا تجب عليه التسكليف العبادية أو الاعتقادية لأن المقصود من هذه الأمور الابتلاء ليظهر المطيع من العاصي ، والصغير ينافيها ، إذ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها . وكذلك لا يقام عليه الحد إذا ارتكب ما يوجب ذلك ؛ لأن الصغير في هذه المرحلة ليس من أهل الجزاء البدني . كما تهدر أقواله وإقراراته ، فلا يصح أى تصرف يصدر منه ^(١) حتى ولو كان نافعاً له نفعاً محضاً إنما يقوم وليه أو وصيه بمباشرة هذه التصرفات نيابة عنه . لذا جاء في المجلة أنه « لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية وإن أذن له وليه » (مادة ٩٦٦) . كما نصت المادة ١١٠ من القانون المدني المصري على أنه « ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة » . وسبب بطلان تصرفاته يرجع لانعدام أهليته تبعاً لانعدام عقله وتمييزه ، ومن ثم يفقد التصرف ركنه الأساسى وهو الرضا الحقيقي .

وليس للتمييز في الشريعة الإسلامية سن معينة وقد عرف الحنفيون المميز بأنه « الذى يعرف أن البيع سالب للمالك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ، ويقصد به تحصيل الربح والزيادة » ^(٢) . وعرف البعض المميز بأنه « الذى يفهم الخطاب ويرد الجواب ، ولا ينفضبط بسن ، بل يختلف باختلاف الأفهام ونحوه » ^(٣) .

ولم تحدد المجلة سناً معينة للتمييز ويتضح ذلك من نص المادة ٩٤٣ منها إذ قررت أن « الصغير غير المميز هو الذى لا يفهم البيع والشراء أى لا يعلم كون

(١) يصح تصرف الصغير غير المميز في اليسير من ماله لما روى أن أبا الدرداء اشترى من صبي عصفوراً فأرسله ، ولأن الحكمة من الحجر هي الخوف من ضياع المال ، وهذا متنفذ في اليسير (كشف القناع ج ٢ ص ٧ والحريرى ج ٢ ص ٢٠٩ بالهامش) .

(٢) شرح الزيلعي على الكنتز ، ج ٥ ص ١٩١ .

(٣) شرح الحرشى على سيدي خليل ، ج ٥ ص ١٩١ .

البيع سالباً للملك والشراء جالباً له ، ولا يميز الغبن الفاحش ، مثل أن يغبن في العشرة بخمسة ، من الغبن اليسير . والطفل الذي يميز هذه المذكورات يقال له صبي مميز » .

ولم يحدد القانون الفرنسي سناً معينة للتمييز ، لذلك يقوم القاضي بتقدير هذه السن تبعاً لظروف كل قضية على حدة . وهذا هو نفس الحكم الذي اتبعه القانون السويسري (مادة ١٦ و ١٩) .

ولكن بعض القوانين حددت للتمييز سن سبع سنين كالقانون المدني المصري (مادة ٤٥ / ١) والقانون المدني الألماني (مادة ١٠٤ ، ١٠٦) . وهذه السن هي أيضاً سن التمييز في أمور الصلاة عند المسلمين ^(١) .

ولما كان الصغير عاجزاً عن أداء حقوقه والتزاماته بنفسه فإن وليه يقوم بمباشرة هذه الحقوق والالتزامات نيابة عنه . وولي الصغير في المال عند مالك هو الأب ثم وصيه ثم القاضي ^(٢) . وعند الشافعي هو الأب أو الجد أو الوصي المختار من جهتهما عند عدمهما ، وعند عدم الوصي تكون الولاية للقاضي أو لمن يعينه القاضي ^(٣) . أما عند الحنفية فالرأى الراجح يقضى بتقديم وصي الأب أو وصي وصيه على الجد .

والولاية في النفس عند الحنفيين تثبت للعصبات على حسب ترتيبهم في الإرث ثم للأُم ثم لذوي الأرحام . ولن ندخل في تفاصيل سلطة الأوصياء لأن ذلك خارج عن موضوع بحثنا .

خلاصة ما تقدم هي أن الصغير المميز عديم أهلية الإداء لانعدام عقله وتميزه ، ولكن تثبت له أهلية الوجوب كاملة في الحقوق المالية سواء كانت حقوقاً للرب

(١) المستصفي ج ١ ص ٥٤ .

(٢) شرح الحرشي ج ٤ ص ٢٠٧ .

(٣) فتح العزيز ، ج ١٠ ص ٢٩١ .

أو العبد ، لثبوت الذمة له . ويترتب على ذلك ثبوت الحقوق والالتزامات الآتية في ذمته .

١ — الواجبات المالية التي فيها معنى المئونة ؛ كالضرائب العشرية والخراجية سواء كان المفروض على الأرض العشرية العشر أو نصف العشر ، وسواء كان الخراج خراج وظيفة أو خراج مقاسمة . فهذه الضرائب فيها معنى المئونة لأن المقصود منها حفظ الأرض في أيدي أهلها مستثمرة غير معتدى عليها ، فتصرف في المصالح العامة كإقامة الجسور والقناطر والدفاع عن البلاد ومعونة الفقراء .

وهناك واجبات مالية اختلف الفقهاء في بيان طبيعتها هل هي عبادة أم مئونة . فصدقة الفطر غلب فيها معظم الفقهاء معنى المئونة على العبادة ، لذلك قالوا إنها تجب على الصغير ، ومن هؤلاء الفقهاء أبو حنيفة وأبو يوسف . وغلب فيها البعض صفة العبادة على المئونة ، لذلك لم يوجبها على فاقد الأهلية لأن العبادات لا تجب عليه . ولا يجوز أن يقوم الولي بإدائها عنه لأن العبادات لا تجرى فيها النيابة . وبهذا قال محمد وزفر ^(١) .

وكذلك ذكاة الفطر أوجبها الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وابن حنبل في أموال فاقد الأهلية وناقصيها ترجيحاً لجانب المئونة . واستدلوا على ذلك بما روى عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ابتغوا في أموال اليتامى خيراً كيلاً تأكلها انصدقة » ، وفي رواية « كيلاً تأكلها الزكوة » ، وفي رواية « من ولي مال اليتيم فليؤد زكوته » .

أما أبو حنيفة وأصحابه فلم يوجبوها في مال فاقد الأهلية ترجيحاً لجانب العبادة ، وشككوا في الحديث الذي استند إليه الجمهور . واستدلوا على قولهم بما روى عن الحسن « أنه حكى إجماع السلف في أن لا زكوة على الصبي » ^(٢) .

(١) كشف الأسرار ، ج ٤ ص ٢٤٢ .

(٢) المرجع المذكور عاليه في الموضع المشار إليه .

٣ — الأعواض ، الصبي أهل لوجوب الأعواض لأن حكم العوض وهو الأداء يحتمل النيابة ، إذ المال هو المقصود ، لذلك يثبت في ذمة الصغير ثمن ما يشتريه له وليه أو وصيه ويقوم الولي أو الوصي بأداء الثمن .

٤ — التعويض المادي أو الغرم المالى كضمان المتلفات التى يتلفها الصبي بفعله . فعذر الصبا لا يرفع مسؤولية التعويض المالى عملاً بقاعدة « الأعذار الشرعية لا تنافى عصمة الحل » . وعلى ذلك يجب في ذمة الصبي التعويض عن الأضرار التى يحدثها لغيره ، على نحو ما بيناه سابقاً .

٥ — الصلة التى تشبه الأعواض كنفقة الزوجة ؛ فهى مقابل الاحتباس وعوضه^(١) .

٦ — الصلة التى تشبه المئونة كنفقة الأقارب ؛ يقضى واجب التضامن فى الأسرة الواحدة بأن ينفق غنيها على فقيرها وفقاً لنظام النفقات حتى ولو كان الغنى صغيراً . ذلك أن الشارع الإسلامى اعتبر نفقته على أقاربه الفقراء بمثابة نفقته على نفسه^(٢) .

٢ — الصبي المميز

إذا اشتد الصغير وأصاب نوعاً من التمييز بما حصل له من نمو فى عقله وجسمه ثبتت له أهلية قاصرة بالنسبة للتصرفات القولية ، فيمكنه أن يباشر بعضها دون البعض الآخر .

ولقد قسم فقهاء الحنفية التصرفات بالنسبة للصبي المميز ثلاثة أقسام :

أولاً : التصرفات النافعة نفعاً محضاً : يصح أن يباشر الصبي المميز وحده

(١) يرى الشافعى أن نفقة الزوجة يجب صلة مستحقة بالعقد وثمرة من ثمراته ثم يلزم الزوجة الاحتباس جزاء على النفقة . (كشف الأسرار ج ٤ ص ٢٤١) .
(٢) أحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها ، ص ١٠ .

التصرفات النافعة له نفعاً محضاً كقبول الهدية ، كما يصح أن يكون وكيلاً عن غيره في مباشرة تصرفات لا يستطيع أن يباشرها لنفسه . وفي ذلك تمرين له على أمور التجارة والمعاملات ، ولا ضرر عليه ، لأنه لن يلتزم بالعقود التي يبرمها ، إنما يجب الالتزام في ذمة موكله .

ثانياً : التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ؛ كالبيع والإجارة والنكاح . هذه التصرفات قد تتمحض عن منفعة للصغير وقد تتمحض عن ضرر . والعبرة بأصل التصرف في ذاته ؛ فالبيع يعتبر دائراً بين النفع والضرر حتى ولو ترتب عليه ربح للصغير .

والرأى الراجح أن هذه التصرفات تنعقد من الصغير صحيحة إذا أذن له وليه في إبرامها لقوله تعالى «وابتلوا اليتامى» أى اختبروهم ؛ والاختبار يتحقق بتقو يرضهم في البيع والشراء وما شابههما . وبهذا قال أحمد وأبو ثور والثوري وأبو حنيفة واسحق^(١) . وروى عن أبي حنيفة أيضاً أنه يجوز للصبي المميز أن يباشر هذه التصرفات دون إذن وإنما تكون موقوفة على إجازة وليه ، إن أجازها نفذت وإن لم يجزها بطلت . ذلك أن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء^(٢) . وهذا هو قول مالك أيضاً .

أما الشافعي فقال بعدم صحة هذه التصرفات أصلاً ولو أذن بها الولي ، لأنه يعتبر جميع العقود الموقوفة باطلة . وكل منفعة عنده أمكن تحصيلها بمعرفة الولي لا يمكن للصبي مباشرتها ، وكل منفعة لا يمكن تحصيلها بمعرفة الولي يمكن للصبي مباشرتها . وعلى ذلك لا يصح البيع والشراء من الصغير لأن الولي يستطيع القيام بهما ، ولكن تصح وصية الصبي المميز عنده لأن الولي لا يقدر على مباشرتها عنه^(٣) . ولكن هل يجوز للولي أن يأذن أو يجيز التصرف إذا لم يكن فيه مصلحة للصغير؟ .

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٦ .

(٢) المبسوط ج ٢٤ ص ١٨٢ . والفتاوى الهندية ج ٥ ص ١٢٣ .

يرى أحمد لجواز الإذن أن يكون في التصرف مصلحة للصغير . فإذا لم يكن في التصرف مصلحة فلا يجوز الإذن ، لأن الولي ممنوع من ذلك . وبهذا أيضاً قال أبو يوسف ومحمد ، فقررنا أنه لا يجوز للولي أن يأذن للصبي بالبيع بغبن فاحش ، لأن التصرف في هذه الحالة بمثابة هبة ، وهو غير جائز من الولي ، لذلك لا يجوز أن يأذن فيه . أما أبو حنيفة فقرر صحة إجازة الولي للصبي بالتصرف بالغبن الفاحش لأنه بالإجازة أصبح كالبالغ . ورد على صاحبيه « بأن التصرف بالغبن الفاحش تجارة ومبادلة مال بمال فيدخل تحت الإذن ، بخلاف الهبة فليست بتجارة ؛ والعقد بالغبن الفاحش من صنيع التجارة لأنه قد يقصد بذلك استجلاب قلوب المجاهزين لتحصيل مقصودهم من الربح في تصرفات أخرى بعد ذلك ؛ فكان هذا والغبن اليسير سواء » ^(١) .

وعندى أن رأى أحمد والصاحبين أوجه من رأى أبي حنيفة لأن ولاية الولي مقيدة بما فيه صالح الصغير ، ولا تمتد إلى ما فيه إضرار بهذا الصالح . ولقد روى عن أبي حنيفة روايتان فيما يتعلق بتصرف الصبي مع الولي بغبن فاحش : رواية تجيزه ، إذ لا فرق بين تصرفه لولي أولاًجنبي ، ورواية تبطله لثبوت شبهة النيابة في موضع التهمة ، إذ يحتمل أن الولي لا يأذن بالتصرف إلا للحصول على مقصوده ، دون نظر للصبي .

ثالثاً — التصرفات الضارة ضرراً محضاً ؛ كالعقق والوقف والكفالة . هذه التصرفات إذا باشرها الصبي تعتبر باطلة ولا يجوز للولي أن يأذن فيها أو يجيزها لأنها لا تصح منه .

بهذا التقسيم أخذت المجلة فنصت في المادة ٩٧٦ على أنه « يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفع محض ، وإن لم يأذن به الولي ولم يجزه ، كقبول الهدية والهبة . ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض ، وإن أذنه بذلك

(١) كشف الأسرار ج ٤ ص ٢٥٨ .

وليه وأجازة ، كأن يهب لآخر شيئاً . وأما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل ، فتنعقد موقوفة على إجازة وليه . ووليه مخير في إعطاء الإجازة وعدمها ، فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها ، وإلا فلا . مثلاً إذا باع الصغير مالا بلا إذن ، كان نفاذ ذلك البيع موقوفاً على إجازة وليه ، وإن كان قد باعه بأزيد من ثمنه ، لأن عقد البيع من العقود المترددة بين النفع والضرر في الأصل .»

ولقد أخذ بهذا التقسيم أيضاً القانون المدني المصري فنص في المادة ١١١ منه على أنه « إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة له نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً . أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، وينزل حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون » .

وصية الصبي المميز :

اختلف فقهاء الشريعة في صحة وصية الصبي المميز . فيرى الحنفية أن وصيته غير جائزة سواء كانت في البر أو في غيره ، إلا إذا كانت في أسر تجهيزه ودفنه . لأن الوصية من التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، إذ لا يقابلها عوض دنيوى ، والصبي ليس من أهل التبرعات ، لذلك تبطل وصيته سواء كانت منجزة أو مضافة إلى ما بعد الإدراك . فإن قال إذا أدركت ثم مات فثلث مالى لفلان ، لم يصح ، لأن عبارته لم تقع صحيحة فلا تعتبر في إيجاب الحكم بعد الموت^(١) ، سواء مات قبل الإدراك أو بعده ، لأنها وقعت باطلة في الأصل ، فلا تصح إلا بطريق الابتداء^(٢) . أما مذهب الشافعية ففيه قولان : أحدهما يقضى بعدم صحة وصية الصبي المميز لأنها تصرف في المال وهذا غير جائز من الصبي . وثانيهما يقضى بصحتها ، وهو الراجح في المذهب ، واحتج أصحاب القول الأخير لرأيهم بما يلي : —

(١) البدائع ج ٧ ص ٣٣٤ . والبرزوى ج ٤ ص ٢٥٩ .

(٢) الفتاوى الهندية ج ٦ ص ٩٢ .

١ — روى أن عمر رضى الله عنه أجاز وصية غلام يافع ، وهو الذى قرب البلوغ ولم يبلغ . وقد روى أن شريحاً سئل عن وصية غلام لم يبلغ ، فقال : إن أصاب الوصية فهي جائزة ^(١) .

٢ — الوصية أخت للميراث ، والصبي فى الإرث عنه بعد الموت يساوى البالغ فكذا الوصية .

٣ — الوصية نافعة الموصى نفعاً محضاً لما يافاه من الثواب عليها ، وليس فيها إضاعة للمالك لأنه إن عاش فالمال على ملكه وإن مات نال الثواب ^(٢) .

ولقد نقد الحنفية هذه الحجج . فقالوا إن إجازة سيدنا عمر وصية صبي يافع يحتمل أن تكون فى أمر تجهيزه ودفنه ، ومثل هذه الوصية جائزة عندهم لأنها ثابتة دون حاجة إلى إيصاء . أما قول شريح فليس بحجة ملازمة لأنه من التابعين وليس من الصحابة . والقول بأن الوصية فيها عوض وهو الثواب فمسلّم به ، ولكنه ليس بعوض دنيوي فلا يملكه الصبي كالمصدق ^(٣) . « ولئن سلمنا أن فى إيصائه نفعاً من حيث الظاهر وهو حصول الثواب ، وفى القول بصحته ترك نفع أعلى منه لأن الإرث شرع نفعاً للمورث ، فإن نقل ملكه إلى أقاربه عند استغنائه عنه يكون أولى عنده من النقل إلى الأجنبي . وهو أفضل شرعاً لأنه إيصال النفع إلى القريب وصلة للرحم . وإليه أشار النبي عليه السلام بقوله لسعد رضى الله عنه (لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس) وأنه بالانتقال إلى الإيصاء ترك هذا الأفضل ، وهو ضرر لا محالة فلا يكون مشروعاً فى حقه » ^(٤) .

(١) البزدوى ج ٤ ص ٢٥٩ .

(٢) المهذب ج ٤ ص ٤٥٦ .

(٣) البدائع ج ٧ ص ٣٣٤ .

(٤) البزدوى ج ٤ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ .

أما الحنابلة فهم يقيّدون صحة وصية الصبي العاقل بمجاوزته العشر. وقد جاء في الشرح الكبير^(١) « المنصوص عن أحمد صحة وصية الصبي العاقل إذا جاوز العشر. وقال ابن أبي موسى لا تصح وصية الغلام لدون العشر، ولا الجارية لدون تسع ».

في القانون المصري :

أجاز قانون الوصية في المادة الخامسة منه وصية الصبي البالغ من العمر ثمانى عشرة سنة بإذن من المحكمة . ولكن ما رأى لو باشر هذا الصبي الوصية بدون إذن ، هل تعتبر باطلة أم قابلة للإبطال ؟ . يرى بعض الشراح أن مثل هذه الوصية تعتبر قابلة للإبطال ، لأن القانون لما علقها على إجازة المحكمة اعتبرها في حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر^(٢) . وعندى أن هذا رأى غير صحيح ، ذلك أن الوصية بطبيعتها تبرع ، أى تصرف ضار ضرراً محضاً ، والإذن هنا شرط للصحة وليس شرطاً للنفاذ ، كما هو الحال في تبرع الولي بأموال القاصر فإنه يشترط لصحته أن يكون لأداء واجب عائلي أو إنسانى وأن تأذن له المحكمة . فإذا لم تأذن به فإن التصرف يكون باطلاً ، وليس قابلاً للإبطال فحسب . ولو أن المشرع أراد اعتبار الوصية من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر لأجازها من الصبي المميز عموماً دون حاجة إلى اشتراط سن معينة . لذلك نرى أن الوصية التى يباشرها الصبي المميز ، الذى تقل سنه عن ثمانى عشرة سنة أو الذى بلغ هذه ولم يحصل على إذن من المحكمة ، تكون باطلة ولا تلحقها الإجازة .

٣ — الصبي المأذون

بينما فيما سبق أن تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر موقوف

(١) الفرح الكبير ج ٦ ص ٤١٧ .

(٢) شفيق شحاته ، النظرية العامة للحق ، ص ٢٨ .

على الإذن أو الاجازة عند أبي حنيفة ومالك وابن حنبل . أما الشافعي فيرى أن هذا التصرف ينعقد باطلا ، ولا تصححه الاجازة أو الإذن .

وتبعاً لهذا الأصل اختلف الفقهاء في جواز الإذن للصبي المميز بتعاطي التجارة أو العقود المتكررة . فيرى الشافعي ، طبقاً لمذهبه ، أن هذا الإذن غير جائز ، لأن الصبي ليس أهلاً للبيع لنقصان عقله . ولو صح بيعه لالتزم بالتسليم ، ولقد ورد الحديث صريحاً بأن الصبي لا يجب عليه شيء . وخالف الشافعي في ذلك بعض فقهاء المذهب كإمام الحرمين وآخرون من الخراسانيين ، إذ قرروا صحة بيع الاختبار^(١) . أما أحمد بن حنبل فقد رويت عنه روايتان ، إحداهما تجيز الإذن للصبي المميز بالتجارة ، وهي المشهورة ، وثانيتهما لا تجيزه^(٢) .

وأجاز المالكية^(٣) الإذن للصبي المميز بتعاطي التجارة ، إنما اشترطوا للاختبار شرطين :

١ — أن يعلم من الصبي خيراً .

٢ — أن يكون المال يسيراً كالحسين والستين ديناراً .

واختلفوا في وقت الإذن . فقيل يجوز ولو قبل البلوغ وقيل لا يجوز إلا بعد البلوغ ، اللهم إلا أن يجعل الوصي على الصبي من يراقبه .

ومذهب الحنفية يتفق مع مذهب المالكية في جواز الإذن للصبي المميز بالتجارة أخذاً بقوله تعالى وابتلوا اليتامى ، أي اختبروهم بدفع بعض أموالهم إليهم ليتجروا فيها حتى يمكن الوقوف على حقيقة أمر الصبي ، فإذا تبين رشده وجب دفع المال إليه بمجرد بلوغه النكاح . ولقد ورد في البدائع « الابتلاء هو الإظهار فابتلاء اليتيم إظهار عقله بدفع شيء من أمواله إليه لينظر الولي هل يقدر على

(١) المجموع ج ٢ ص ١٥٦ . فتح العزيز ج ٨ ص ١٠٧ . البدائع ج ١ ص ١٩٣ .

(٢) المشرح الكبير بذييل المغني ج ٤ ص ٥٣٣ .

(٣) وراز الوصي فيمن حجراً . . . اعطاء بعض ماله مختبراً . (الإبهجة في شرح التنفة ج ٢ ص ٢٨٦ ، وشرح الخطاب ج ٥ ص ٦٦) .

حفظ أمواله عند النوائب ولا يظهر ذلك إلا بالتجارة ، فكان الأمر بالابتلاء
إذنًا بالتجارة ، ولأن الصبي إذا كان يعقل التجارة يعقل النافع من الضار فيختار
المنفعة على المضرة ظاهراً فكان أهلاً للتجارة » (١) .

ولقد أخذت المجلة بنظام الإذن فنصت على أن « للولى أن يسلم الصغير
المميز مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة لأجل التجربة ، فإذا تحقق رشده دفع
وسلم إليه باقى أمواله » (المادة ٩٦٧) ، وأن « العقود المكررة التى تدل على أنه
قصد منها الربح هى إذن بالأخذ والإعطاء . مثلاً لو قال الولى للصغير بيع واشتر ،
أو قال له بيع واشتر المال الفلانى ، فهو إذن بالبيع والشراء . وأما أمر الولى الصبى
باجراء عقد واحد فقط ، كقوله له اذهب إلى السوق واشتر الشئ الفلانى ،
فليس بإذن ، بل إما يعد من قبيل إستخدام الصغير توكيلاً على ما هو المتعارف
والمعتاد » (المادة ٩٦٩) .

والإذن للصبي يكون من الولى . « أما إذا أذنه أخوه وعمه وسائر الأقارب ،
إن لم يكونوا أوصياء ، فيأذنهم غير جائز » (المادة ٩٧٤) . ويمطل الإذن ب وفاة
الولى أو بسحبه إياه .

القانون المصرى :

أخذ القانون المصرى بنظام ابتلاء الصغير . فأجاز الإذن له بالتجار أو بإدارة
أمواله .

والإذن بالتجار لا يصدر إلا من المحكمة كما يتضح ذلك من نص المادة ٥٧
من قانون الولاية على المال ، إذ تقول « لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية
أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة فى ذلك
إذنًا مطلقاً أو مقيداً » .

أما الإذن بالإدارة ، فكان قديماً لا يصدر إلا من المحكمة . إلا أن قانون

الولاية على المال أخذا بالرأى الراجح في الشريعة الإسلامية أجاز للولى أن يأذن للقاصر بإدارة أمواله ، إنما يشترط أن يكون قد بلغ ثمانية عشرة سنة ، ويجوز للولى أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه . وقد نصت على ذلك المادة ٥٤ من القانون المذكور فقالت « للولى أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، ويكون ذلك باشهاد لدى الموثق وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه باشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات » .

ولا يجوز للمحكمة أن تأذن للقاصر بالإدارة إلا في حالة انعدام الولى . ويتضح ذلك من نص المادة ٥٥ من قانون الولاية على المال التى تقرر أن إذن المحكمة للقاصر بتسلم أمواله يكون بعد سماع أقوال الوصى .

ولما أذن له بالإدارة أن يؤجر أمواله بشرط ألا تزيد مدة الاجارة عن سنة سواء فى الأراضى الزراعية أو فى المبانى . كما يجوز له أن يباشر أعمال التصرف الداخلة فى حدود الإدارة كبيع المحصولات الناتجة من زراعته وكشرائه السماد والبذور اللازمة لهذه الزراعة ؛ وكايفائه واستيفائه الديون المترتبة على أعمال إدارته . ولا يجوز للقاصر أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا (مادة ٥٦ من قانون الولاية على المال) .

وعلى المأذون له فى الإدارة أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى ، والمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ولا يجوز له سحب شىء منه إلا بإذن منها (مادة ٥٨ من قانون الولاية على المال) . وإذا قصر المأذون له بالإدارة فى تقديم الحساب أو أساء التصرف فى إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بقاء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله (مادة ٦٠ من قانون الولاية على المال)

المبحث الثانى

العقل

قلنا فيما سبق إن الأهلية أساسها العقل ، فيه يستطيع المكلف أن يفهم دليل التكليف وتمثل إرادته إلى ما كلف به . وهو من أعز النعم التي ميز بها الله الأدمى عن البهائم حتى أدرك بها حقائق الأمور .

ولقد بين رسول الله صلى الله عليه وسلم شرف العقل فقال « أول ما خلق الله العقل فقال له أقبل فأقبل ، ثم قال له أدبر فأدبر » . فسر القرأى هذا الحديث بقوله « أى أقبل حتى تستكمل بى وأدبر حتى يستكمل بك جميع العالم دونك »^(١) . وقال الله تعالى عنه « وعزنى وجلالى ما خلقت خلقاً أعز على ولا أفضل منك ، بك آخذ وبك أعطى وبك أثيب وبك أعاقب » . وعبر عنه الرسول صلى الله عليه وسلم بالقلم فقال « إن أول ما خلق الله القلم . فقال له اكتب ، فقال وما أكتب ؟ . قال ما هو كائن إلى يوم القيامة من عمل وأثر ورزق وأجل ، فسكتب ما يكون وما هو كائن إلى يوم القيامة »^(٢) .

ولقد سماه الله نورا فقال تعالى « أو من كان ميتاً فأحييناه وجعلنا له نورا يمشى به فى الناس » .

العقل عند الفلاسفة وفقهاء المسلمين :

العقل فى اللغة هو القيد والربط والخصر . ويراد به معان متعددة . فالعامة تصف به كل ذى فضل سديد الحكم . أما المتكلمون فيعبرون به عن تلك

(١) معارج القدس فى مدارج معرفة النفس ص ١٥ .

(٢) نفس المصدر فى الموضع المشار إليه .

الملسكة أو القوة التي تميز للانسان بين الخير والشر . وعبر عنه أرسطو بأنه تلك القوة التي يستعين بها المرء على الوصول بطريقة مباشرة إلى نتيجة يقينية يستنبطها من بعض المقدمات أو القضايا العامة الضرورية .

وعرفه بعض فقهاء الشريعة بأنه « جسم لطيف مضى محلله الرأس وأثره يقع على القلب ، فيصير القلب مدركاً بنور العقل الأشياء ، كالمعين تبصر مدركة بنور الشمس وبنور السراج الأشياء ، فإذا قل النور أضعف قل الإدراك وضعف ، وإذا انعدم النور انعدم الإدراك ^(١) » .

ولقد تناول فلاسفة المسلمين كابن سينا وابن باجه والغزالي والقرافي مشكلة العقل بالتحليل . وأفردت بعض الكتب الشرعية باباً خاصاً لبيان العقل وحده عند الكلام في أهلية الحكم عليه . وفرقوا بين أربعة أنواع من العقول :

١ — العقل الهولاني أو العقل بالقوة : هو استعداد بعيد نحو الكمال ، به يتهيأ الإنسان لإدراك المعقولات دون أن يدرك شيئاً منها ، كما هو الحال لدى الطفل ، فعنده قابلية لقبول العلوم والصناعات الفكرية وإن كان لا يعلم منها شيئاً . وهذه القابلية لا تتوفر عند سائر الحيوانات .

وهذا الوصف هو الذي اراده ابن أسد الحاسبي حيث قال في حد العقل « إنه غريزة يتهيأ بها ادراك العلوم النظرية ، وكأنه نور يقذف في القلب به يستعد لإدراك الأشياء ^(٢) » . وسمى عقلاً هولانياً تشبيهاً بالهولاني الأولى الخالية في نفسها عن جميع الصور القابلة لها ^(٣) .

٢ — العقل بالملسكة : وهو القوة التي يدرك بها الصبي المميز القضايا الأولية البديهية ، كالعالم بأن الاثنين أكثر من الواحد وأن الشخص الواحد لا يوجد في مكانين مختلفين .

(١) أحياء علوم الدين للإمام الغزالي ج ١ ص ١٤٥ .

(٢) المرجع السابق في الموضع المشار إليه .

(٣) التقرير والتحجير ج ٢ ص ١٦٣ .

٣ — العقل بالفعل : وهو قوة تحصل بها العلوم المستفادة من التجارب بمجاري الأحوال . وبها يستطيع الإنسان استحضار الصور العقلية التي سبق اكتسابها متى أراد من غير حاجة إلى كسب جديد لكونها مكتسبة مخزونة ، كالعالم الغافل عن العلوم القادر عليها متى أراد ، وكالقادر على الكتابة حين لا يكتب ، وله أن يكتب متى شاء . وسمى عقلا بالفعل لقربه من الفعل ^(١) .

٤ — العقل المستفاد : وهو قوة يعرف بها الإنسان حقائق الأمور حتى يقع الشهوة العاجلة بالمدة الآجلة ، ويحتمل المكروه العاجل لسلامة الآجل ، فيسمى صاحبها عاقلا من حيث أن إقدامه وإحجامه بحسب ما يقتضيه النظر في العواقب لا بحكم الشهوة العاجلة . وفي هذا العقل تتمثل صور العلوم في الذهن ، بمنزلة الكاتب حين يكتب . وسمى مستفاداً لأنه يستفيد هذه الصور بأحد الأسباب الإلهية . ويسمى هذا السبب ملكة أو عقلا فعلا ^(٢) .

ويلاحظ أن العقل الأول والثاني مطبوع ، والثالث والرابع مكتسب . ولذلك قال على كرم الله وجهه .

رأيت العقل عقليين فمطبوع ومسموع
ولا ينفع مسموع إذا لم يك مطبوع
كما لا تنفع الشمس وضوء العين ممنوع

ولقد أوضح ابن سينا تدرج الوظائف العقلية وبين أن كل عقل منها يعد مادة للعقل الذي يليه وصورة للذي قبله . « فالعقل الهيمولائي ، وهو لا يعدو أن يكون مجرد استعداد للمعرفة ، يأتي بعده العقل الممكن أو بالملكة ، وهو صورة له ، وذلك لأنه يزيد عليه من جهة أنه قد اكتسب القضايا الأولية البديهية . ثم يأتي بعد ذلك العقل بالفعل ، وهو في حالة استعداد كامل بحيث يمكن أن تحدث فيه

(١) التقرير والتجوير في الموضع المشار إليه سابقا .

(٢) مقاصد الفلاسفة مطبعة السعادة الطبعة الأولى سنة ١٣٢١ هـ ص ٢٩١ .

الصور العقلية التي تكتسب بعد الحقائق الأولية . فإذا أدرك هذه الصور أو المعاني انقلب عقلاً مستفاداً . وتفيض هذه الصور من عقل آخر مستقل عن النفس الإنسانية، وهو العقل الفعال ونسبته إلى نفوسنا كنسبة الشمس إلى أبصارنا^(١) .

ونقد أوضح أبو حامد الغزالي هذه الصلة الوثيقة وذلك التدرج مستشهداً بقوله تعالى : « الله نور السموات والأرض مثل نوره كمشكاة فيها مصباح ، المصباح في زجاجة ، الزجاجة كأنها كوكب دري ، يوقد من شجرة مباركة زيتونة لا شرقية ولا غربية يكاد زيتها يضيء ، ولو لم تمسسه نار ، نور على نور يهدي الله لنوره من يشاء ويضرب الله الأمثال للناس ، والله بكل شيء عليم » .

فالنفس الإنسانية المستعدة بفطرتها لقبول المعرفة على هيئة الفيض من العقل الفعال تشبه المشكاة ، فإذا قويت فأدركت المعارف والبداهات الأولى اشبهت الزجاجة . أما إذا اشتد ساعدها واستطاعت أن تصل إلى مرتبة تدرك فيها معاني الأشياء عن طريق الفكرة الصائبة فإنها تشبه الشجرة « لأن الشجرة ذات أفنان فكذلك الفكرة ذات فنون . وهي شبيهة بالزيت ، إذا سمت وقويت ، وبلغت إلى درجة تدرك فيها المعاني ليسر على هيئة الحدس العقلي الذي لا يحتاج إلى إعمال الفكر أو الانتقال من معلوم إلى آخر . فإن كانت أقوى من ذلك فيكاد زيتها يضيء » . فإن حصل له المعقولات فهو نور على نور : نور العقل المستفاد على نور العقل النظري^(٢) .

تأثير الجسم على العقل :

العقل كالبنية الحية التي تنمو حتى تصل إلى الاكتمال . ولقد دلت الأبحاث الطبية على أن العقل ينضج في حوالى السابعة عشر من العمر . ولا يكون نمو العقل نمواً مطرداً وبسرعة لا تتغير ، بل تبطؤ سرعته كلما اقترب من النضج .

(١) الشفاء ج ١ ص ٣٥٦ .

(٢) معارج القدس في مدارج معرفة النفس ص ١١٠ .

وأثبتت الحقائق العلمية وجود تلازم بين النمو العقلي والنمو الجسماني، فنمو العقل تابع إلى حد كبير لنمو الجهازين العصبي والهرموني . وتأثير الجسم في العقل يعود إلى هورمونات الغدد الصماء ، أى افرازات تلك الأجسام الصغيرة التى تفرز سوائها في الدم مباشرة وليست لها قنوات تحمل هذه السوائل . فنقص إفراز الغدة الدرقية (غدتان في العنق تزودان الإنسان بقوة المثابرة) يؤدي إلى خمول الذهن والغفلة . وزيادة إفراز الغدة الأدرينالية (غدتان فوق الكلوة) يؤدي بالشخص إلى الاندفاع وسرعة الغضب .

وغدتنا الدرقية أكبر من الغدة الأدرينالية ، بعكس الحال في بعض الحيوانات كالأسود والثور والقطة حيث تكبر الغدة الأدرينالية بشكل ملموس وتنقص الغدة الدرقية . لذلك يقال إن الإنسان حيوان المثابرة والصبر على المشاق بينما الأسد حيوان الوثوب والحرب الخاطفة ^(١) .

كما أن بعض الأمراض التى تصيب الجسم تؤثر في الوظائف العقلية ، مثل ما تحدثه بعض الحميات من هذيان وهتر وتوهجات باطلة وتخيلات مفزعة ، ومثل مرض الزهري فهو يؤدي في النهاية إلى إصابة المريض بالشلل الجنونى العام، ومثل مرض البلاجرا ، وهو ينشأ من نقص فيتامين غذائى ، يؤدي إلى البلهاء .

تفاوت العقول :

قال المعتزلة ^(٢) إن العقل في أصل الخلقة واحد لا يتفاوت باختلاف البشر . ولكن الحس والمشاهدة ينفقان هذه الوحدة ، فالنفوس متفاوتة في غريزة العقل تفاوتها في سائر الصفات والقوى . ولقد وضع الإمام الغزالي هذا التفاوت

(١) سلامه موسى . عقلى وعقلك ص ٢٤ .

(٢) البردوى ج ٤ ص ٢٣٢ .

في كتابه إحياء علوم الدين^(١) فقال : « تفاوت نور البصيرة كتفاوت نور البصر ، والفرق مدرك بين الأعمش وبين حاد البصر ، بل سنة الله عز وجل جارية في جميع خلقه بالتدرج في الإيجاد ، حتى أن غريزة الشهوة لا تظهر في الصبي عند البلوغ دفعة وبغمة بل تظهر شيئاً فشيئاً على التدرج ، وكذلك جميع القوى والصفات ... ومن ظن أن عقل النبي صلى الله عليه وسلم مثل عقل آحاد السوادية وأحلاف البوادي فهو أخس في نفسه من آحاد السوادية. وكيف ينكر تفاوت الغريزة ولولاه لما انقسموا إلى بليد لا يفهم بالتفهيم إلا بعد تعب طويل من المعلم ، إلى ذكي يفهم بأدنى رمز وإشارة ، وإلى كامل تنبعث من نفسه حقائق الأمور بدون تعليم كما قال تعالى « يكاد زيتها يضيء ولو لم تمسه نار نور على نور » . ويدل على تفاوت العقل من جهة النقل ما روى عن عبد الله بن سلام رضى الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « قالت الملائكة : يا ربنا هل خلقت شيئاً أعظم من العرش ؟ قال نعم : العقل ، قالوا : وما بلغ من قدره ؟ قال : هيهات لا يحاط بعلمه . هل لكم علم بعدد الرمل ؟ قالوا . لا . قال الله عز وجل فإني خلقت العقل أصنافاً شتى كعدد الرمل ، فمن الناس من أعطى حبة ، ومنهم من أعطى الثلاث والأربع ، ومنهم من أعطى فرقاً ومنهم من أعطى وسقا ومنهم من أعطى أكثر من ذلك » .

وكما يختلف الناس في غريزة العقل أى في قوة استعدادهم للادراك نجدهم أيضاً يختلفون في العقل المستفاد . وهذا الاختلاف يرجع لتفاوتهم فيما اكتسبوه من تجارب وعلوم ، وفيما تركته قواعد الأخلاق والدين والعادات الحسنة من أثر في نفوسهم . فمنهم من يستطيع إخضاع العاطفة الجارحة للروية والعقل بفضل ما اكتسبوه من قوة الإرادة وضبط النفس ؛ ومنهم من يستسلم عادة لسلطان العواطف والنزوات . وقد يرجع هذا الاختلاف لتفاوت الناس في قوة الشهوة .

فبعض العقلاء ، يستطيع قمع شهوة ما وبعضهم من لا يستطيع ، بل إن الشخص الواحد قد لا يستطيع قمع شهوته في وقت معين ويستطيع قمعها في وقت آخر ، إذ المشاهد أن الشهوات تختلف قوة وضعفا باختلاف السن كالشبهوات الجنسية وشهوة الرئاسة ، فالأولى تضعف بالكبر بينما الثانية تزداد به قوة.

المبحث الثالث

الرشد

اختلف فقهاء الشريعة في تحديد معنى الرشد . ففسره بعض علماء الحنفية بأنه
الصلاح في المال ، وفسره البعض الآخر بأنه إنفاق المال فيما يحل والامساك عما يحرم
وأن لا يعمل صاحبه فيه بالتبذير والاسراف . والراجح في المذهب هو القول الأول^(١) .
وبه أخذت المجلة حيث جاء فيها « الرشيد هو الذي يتقيد بمحافظته ماله ويتوقى
من السقه والتبذير » (المادة ٩٤٧) . وفسره فقهاء الحنابلة^(٢) بأنه العقل والصلاح
في المال . فإذا بلغ الشخص عاقلاً حافظاً لماله وجب دفعه إليه حتى ولو كان مفسداً
لدينه . وهذا المذهب يتفق مع رأى الراجح في المذهب الحنفى ، ويتفق أيضاً مع ما قال
به فقهاء المالكية . فقد فسره ابن رشد ، وهو من المالكية ، بأنه « حسن النظر
في المال ووضع الأمور في نصابها »^(٣) .

ولكن هل يكفي لتوفر الرشد مجرد حفظ المال أم لا بد من حسن استغلاله
وتنميته ؟ . عند النظر في فك الحجر وزوال الولاية يلزم لتوفر الرشد أن يكون الشخص
حافظاً لماله قائماً على استثماره استثماراً حسناً أما عند النظر في الحجر فيكفي لتوفر الرشد
أن يكون الشخص حافظاً لماله ، ولا يشترط أن يكون محسناً لتنميته . وقد حكى عن الأحنفى
أن الاتفاق جرى على أن من لا يحسن الاتجار ويحسن الامساك لا يحجر عليه^(٤) .
وذهب الشافعية مذهباً مخالفاً في تفسير الرشد . فقالوا إنه الصلاح في الدين
والمال . فاصلاح الدين أن لا يرتكب من المعاصي ما يسقط به العدالة ، وإصلاح المال

(١) حاشية الطحطاوى ج ٢ ص ٨٥ وما بعدها . والفتاوى الهندية ج ٧ ص ٤٤ .

(٢) كشف القناع ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٣) شرح المواق بهامش الخطاب ج ٥ ص ٩٥ .

(٤) البهجة في شرح التحفة ج ٢ ص ٢٧٦ .

أن يكون حافظاً له غير مبذر^(١). فالفاسق عندهم غير رشيد لأن افساده لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله كما يمنع قبول قوله. وبهذا قال ابن عباس ومجاهد والحسن وابن المنذر .
والحجر على الفاسق عند معظم الشافعية جزاء على فسقه ، لذلك يوجبون الحجر عليه سواء بلغ فاسقاً أو ظهر منه الفسق بعد بلوغه . وبه قال الشافعي وابن العباس^(٢) . بينما يرى البعض الآخر أن الحجر على الفاسق يرجع لتوهم أن يحمله الفسق على التبذير . لذلك لم يوجبوا الحجر عليه إلا إذا بلغ فاسقاً لوجود هذا التوهم . أما إذا انعدم ، ببلوغه مصلحاً ثم ظهر منه الفسق بعد ذلك فلا يجوز الحجر عليه . وقال أبو اسحق « ولا يعاد عليه الحجر ، لأن الحجر للفسق لخوف التبذير ، وتبذير الفاسق ليس بيقين فلا يزال به ما تيقنا من حفظه للمال^(٣) » .
ونحن نرى أن الفساد في الدين لا يجر إلى اعتبار الشخص غير رشيد . فمن يصرف أمواله في ملذاته كشرب الخمر ولعب الميسر والتمتع بالغواني يعتبر غير رشيد لا بسبب فساد دينه ، بل لعدم صلاحيته في حفظ أمواله . فإذا كان فساد الدين يمنع من الصلاة والزكاة فلا أثر على الرشد في ذلك ما دام حافظاً لأمواله .
وخالف أهل الظاهر^(٤) جميع المذاهب السابقة وقالوا إن الرشد هو العقل والدين . فمن بلغ عاقلاً مميزاً مسلماً وجب دفع ماله إليه ولو لم يكن حافظاً له ، وجاز فيه من جميع أفعاله ما يجوز من فعل سائر الناس كلهم . وقالوا إن تفسير الرشد بالكياسة في المال ليس له أصل في اللغة ويخالف معناه في القرآن ، إذ أن الآيات الواردة فيها الرشد تفيد أنه العقل والدين لا حفظ المال وتشميره .

(١) المذهب ج ١ ص ٣٣٢ .

(٢) البزدوى ج ٤ ص ٣٧١ ، المذهب ج ٢ ص ٣٣٢ .

(٣) المذهب في الموضع المشار إليه آنفاً .

(٤) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٨٦ .

وللتحقق من ثبوت صفة الرشد أخذ فقهاء الشريعة بنظام ابتلاء الصغير واختباره ليستفيد من تجارب الحياة ولعلم وليه مقدار صلاحيته لإدارة شئون ماله، والاختبار يكون على قدر حال الشخص ومركزه في الهيئة الاجتماعية « فتختبر المرأة في إصلاح أمر البيت ، وابن الزارع فيما يتعلق بالزراعة والقيام على العمال ، وابن الحترف فيما يتعلق بحرفته ، وابن الرئيس وابن الكاتب الذي يسان أمنائهم من الأسواق بأن تدفع إليه نفقته مدة من الزمن لينفقها في مصالحه فإن صرفها في مصارفها ومراقبتها واستوفى على وكيله فيما استوفى فيه واستقصى عليه دل ذلك على رشده ^(١) » .
واختلفوا في وقت الابتلاء . فقال بعض الشافعية لا يختبر في التجارة إلا بعد البلوغ لأنه قبل البلوغ لا يصح تصرفه عندهم ، ومن ثم لا يصح اختباره ^(٢) . ويرى غالبية الفقهاء أن الاختبار يتم قبل البلوغ لقوله تعالى « وابتلوا أيتامى » .

سن الرشد :

لم يحدد فقهاء الشريعة للرشد سناً معينة . وإن كانوا قد عينوا سناً للبلوغ . فإذا ابتلى الصغير وأسفرت التجربة عن صلاحيته لإدارة أمواله صار رشيداً ووجب دفع المال إليه .

ولقد أحسنت الشريعة صنفاً بعدم تحديدها سناً للرشد ، لأن الرشد هو الاهتداء إلى وجوه التصرفات النافعة والضارة وتعرفها وتعريفها يبقى الإنسان من الوقوع في الخسران . وهذا يختلف باختلاف البيئات الاجتماعية وأحوال الناس والجماعات .

فإذا كانت الحياة الاجتماعية بدائية وأسباب الكسب سهلة ميسورة سهل على

(١) المهذب ج ١ ص ٣٣٢ ، وكشاف القناع ج ٢ ص ٢٢٣ . وآداب الأوصياء ج ٢ ص ٣٤٦ .

(٢) وإلى هذا ذهب المالكية فقالوا إن زوال الحجر ببلوغ ورشد بينهما اختبار .. (البهجة في شرح التحفة ج ٢ ص ٢٧٩) .

الشخص تدبير ماله واستثماره بسهولة ، فلا خوف من أن ينال الفتى رشده بمجرد بلوغه عاقلاً أو بعد ذلك بقليل . أما إذا تشعبت الحياة الاقتصادية والاجتماعية وتفنن المحتالون في سلب أموال الناس فإن الفتى لا يمكنه أن يتبين النفع أو الضرر في معاملاته إلا بعد تجربة أطول ، لذلك لزم المباحدة بين رشده وبلوغه . ولقد بين هذه الحقيقة المرحوم فتحى زغلول في كتابه شرح القانون المدني ^(١) بقوله : « المولود يولد فاقد الأهلية ويبقى كذلك إلى أن يبلغ سن التمييز ثم يدخل في دور جديد هو دور التمييز ، إلا أن عقله وملسكاته لا يزالان غصين فلا يقوى على تقدير الأفعال التي تصدر عنه أو التي يعتمد فعلها تقديراً صحيحاً ، ثم هو لا يصل إلى هذه المرتبة إلا بعد أن تنضج قوته العاقلة ويكون له بعض الخبرة ، حتى يؤمن على مباشرة أشغاله وإدارة أمواله بنفسه . ومعلوم أن بلوغ هذه المرتبة لا يتم للجميع بصورة واحدة ولا في زمن واحد ، بل هم يختلفون في ذلك اختلافاً كبيراً . إلا أن منافع الناس وضرورة الأمن في المعاملات والحاجة إلى وضع حد ينتهى إليه حالة الإنسان ، ويخرج ببلوغه من دور التردد إلى دور العمل كل ذلك قضى بتقدير الزمن الذى يخلص فيه كل واحد من ذلك الحجز وتم له الأهلية . » والشرائع مختلفة في تقدير هذا الزمن فمنها ما جعله اثنتى عشرة سنة للأشياء وأربع عشرة سنة للذكر ، كما فعل الرومانيون في البداية ، مذ كانت الأمة في نشأتها الأولى ساذجة الأخلاق قليلة العدد ، أيام كانت المراقبة شديدة في تربية الأولاد والروابط العائلية قوية كافية لحمايتهم وتدارك ما قد يفرط منهم من الأعمال الضارة قبل استفحال الضرر ، فلم يكن من باعث يحمل الشارع على الإبطاء بمنح الأهلية الكاملة والولد محاط بهذه العنايات كلها . فلما ازدحم المجتمع بأهله وكثر المال وتنوعت الرغبات والمطالب وتشعبت أعمال الإنسان وامتدت أطعامه إلى أبعد من داره وعشيرته ووهن رباط العائلة بضعف تلك المؤثرات ظهرت مضار التعجيل

بإقرار الأهلية واضطر الشارع إلى تأجيل زمانها فجعله خمسا وعشرين سنة . ومن الشرائع ما وقفت عند الحادية والعشرين ومنها ما اقتصر على تسع عشرة سنة .
في القانون المصري : كان البلوغ القانوني عندنا مرادفاً للبلوغ الطبيعي أى يتحدد بخمس عشرة سنة في حالة عدم وجود انعامات الدالة على البلوغ ، وذلك طبقاً للراجح في الفقه الإسلامي . ثم صدر قانون سنة ١٨٩٦ حددتها بثمانى عشرة سنة هجرية ، ثم حددت في سنة ١٩٢٥ بإحدى وعشرين سنة ميلادية .

في القوانين الأجنبية : تحددت سن الأهلية في فرنسا (المادتان ٤٨٥، ٣٨٨ مدنى) وانكلترا والولايات المتحدة^(١) وإيطاليا (مادة ٢ مدنى) وألمانيا (مادة ٢، ٢٥) بإحدى وعشرين سنة . وفي أسبانيا (مادة ٣٢٠ مدنى) بثلاثة وعشرين سنة ، وفي سويسرا بعشرين ، وفي تركيا (مادة ١١) بثمانى عشرة سنة .

هل يتوقف الرشد على أمر من الحاكم ؟

إذا بلغ الصبي رشيدا هل ينفك عنه الحجر بمجرد إيفاس رشده ، أم لابد من صدور حكم بذلك ؟ .

يرى الحنفية والحنابلة أن الحجر يرتفع عن الصغير بمجرد بلوغه رشيدا لقوله تعالى « فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم » . قاله سبحانه وتعالى لم يعلق إيتاء المال إلا على شرطين لا ثالث لهما ، وهما البلوغ والرشد . ومن ثم يكون اشتراط صدور حكم بالترشيد تقييداً للآية دون دليل . أضف إلى ذلك أن الحجر على الصبي معلول بعلة العجز عن التصرف في ماله ، فإذا زالت هذه العلة ببلوغه رشيدا زال عنه الحجر ، والعلة تدور مع معلولها وجودا وعدما^(٢) .

(١) آنسون ص ١٢٢ .

(٢) الزيلعي على الكنتز ج ٥ ص ١٩٥ . والمبسوط ج ٢٤ ص ١٦١ . والنفى ج ٤

ص ٥٠٩ . والبدائع ج ٧ ص ١٧١ .

والشافعية انقسموا فريقين : يرى الفريق الأول أن الحجر على الصغير لا ينفك عنه بمجرد بلوغه رشيدا ، بل لا بد من حكم ، لأنه يحتاج إلى نظر واختبار فافتقر إلى الحاكم ، كفك الحجر عن السفه . ويرى الفريق الآخر قياس الصغير على المجنون ، فكما أن الحجر على الصغير ثبت من غير حكم فيزول أيضا عنه من غير حكم كالمجنون تماما ^(١) .

أما المالكية فيفترقون بين فرضين : أولهما إذا كان الصغير قد بلغ في حياة أبيه فيزول عنه الحجر بمجرد بلوغه رشيدا ، وكذلك الحكم إذا بلغ رشيدا بعد وفاة أبيه ولم يكن عليه وصى ^(٢) . وثانيهما إذا كان الصغير ذا وصى فلا يرتفع الحجر عنه بمجرد بلوغه رشيدا ، بل لا بد أن يطلقه وصيه من الحجر . فإن كان الوصى مقدما من الأب فيجوز إطلاقه لمجوره دون الشهادة على نفسه بترشيده للصبي ، وهو قول مالك . واستلزم أصبغ الأشهاد ^(٣) . أما إذا كان الوصى مقدما من القاضي فلا يستطيع إطلاق الصبي من الحجر إلا بإذن القاضي وشهادة البينة برشده . وسبب تفرقة المالكية بين الصغير ذى الأب أو الممهل والصغير ذى الوصى يرجع إلى اعتبارهم دخول الثانى فى ولاية الوصى بمثابة الحجر . وهو إذا حجر عليه لم يخرج إلا بإطلاقه ^(٤) .

(١) المهذب ج ١ ص ٣٣٢ . والام ج ٣ ص ١٩١ . وفتح العزيز ج ١ ص ٢٨٣ .
 (٢) إذا بلغ الصبي مجهول الحال لا يعلم سفهه من رشده ، فقبل إنه على السفه إلى عامين حتى يتبين رشده . فان تباعد فهو على الرشد حتى يثبت سفهه عند القاضي ، وهو المشهور ، وقبل إنه على الرشد حتى يتحقق سفهه ، وهو قول ضعيف (البهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٢٧٨) .
 (٣) البهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٢٧٩ . وحلى المعاصم للتاودى بهامش البهجة ج ٢ ص ٢٩٦ . وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٨١ .
 (٤) شرح الحرشى ج ٤ ص ٢٠٤ .

القانون المصري :

لا يعلق القانون المصري ثبوت الرشد على حكم القاضى . فبلوغ القاصر من الرشد غير مجنون ولا معتوه يعتبر كامل الأهلية . فإذا دلت حال الصغير قبل بلوغه هذه السن أنه غير حافظ لأمواله سىء التدبير فلا تنهدم قرينة الرشد إلا إذا طلب ذوو الشأن استمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه هذه السن ، مبينين الأسباب الداعية لذلك . وتكون المحكمة هى المختصة بتقرير استمرار الولاية أو الوصاية ، وحكمها هو الذى يهدم قرينة الرشد المستفادة من بلوغ السن . أما إذا تقدم الطالب بعد البلوغ فلا نكون بصدد وصاية أو ولاية قد انتهت ، بل حجب يجب أن يخضع لقواعد أخرى من حيث الإجراءات والشروط ^(١) . وتطبيقاً لذلك قضى بأنه « إذا بلغ الشخص سن الرشد قبل طلب استمرار الوصاية وجب اعتباره بالغاً ، ولا معنى بعد ذلك لطلب الحكم باستمرار الوصاية بل يلزم اتخاذ الاجراءات القانونية للحجر عليه ، إن كانت هناك أسباب توجب ذلك ^(٢) » . وقضى أيضاً بأن « الوصاية تنتهى قانوناً متى بلغ القاصر سن الرشد ، إلا إذا قرر المجلس الحسبى استمرارها ، والتقرير باستمرارها يستوجب تقديم الطلب قبل أن يبلغ القاصر سن الرشد . فلا يسوغ للمجلس التقرير باستمرار الوصاية ، وإنما يطلب من المجلس توقيع الحجر عليه إذا ظهر أنه أساء التصرف للأسباب الموجبة للحجر . فإذا كان تقدم الطلب باستمرار الوصاية بعد بلوغ القاصر من الرشد

(١) المجلس الحسبى العالى فى مارس سنة ١٩٣٢ . المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٣ رقم ٢٧ .
والمحكمة العليا الشرعية فى أول أبريل سنة ١٩٠٥ ، منتخبات الأحكام الشرعية ، ج١ ص ٩٩ .
(٢) المجلس الحسبى العالى ٧ يونيو سنة ١٩٢٥ رقم ١٤ ص ١٥ حمامة السنة السادسة .
والمجلس الحسبى العالى فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٦ رقم ٣٩٠ ص ٦٣٧ حمامة السنة السادسة .
ومحكمة استئناف مصر الأهلية فى ٦ مارس سنة ١٩٢٨ رقم ٥٣٢ ص ٨٨٥ السنة الثامنة حمامة .
والمجلس الحسبى العالى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ رقم ٤٢٩ ص ٩٢٧ السنة السادسة عشرة حمامة .

فالقرار الذى يصدر بها لا يمكن التعويل عليه لإبطال التصرفات الحاصلة منه بعد بلوغه سن الرشد وقبل الحجز عليه»^(١).

أما إذا بلغ القاصر سن الرشد مجنوناً أو معتوهاً فإن الولاية أو الوصاية تستمر عليه ولو لم يصدر حكم من المحكمة بذلك.

الرشد عند المرأة

هل يختلف الرشد فى المرأة عنه فى الرجل :

يرى معظم الفقهاء أن الرشد فى المرأة لا يختلف عنه فى الرجل . فإذا بلغت رشيدة وجب دفع المال إليها وارتفع الحجز عنها ، شأنها فى ذلك شأن الرجل تماماً .

ويرى مالك وأتباعه أن الرشد لا يمكن تصوره فى المرأة إلا بعد أن تتزوج ويدخل بها زوجها وتمضى مدة من الزمن . أما البكر فهى غير رشيدة ولا يرتفع الحجز عنها إلا إذا رشدها أبوها إن أونس منها الرشد^(٢) ، أو إذا عنست عند بعض المالكية .

وذهبت فئة قليلة من علماء المسلمين إلى القول بأن الرشد لا يمكن تصوره إطلاقاً من النساء لأنهن يندرجن تحت تعريف السفهاء الوارد فى قوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » . وبه قال الضمحاك وابن عباس ومعاوية بن قرة ومجاهد وسعيد بن جبير^(٣) .

(١) محكمة استئناف أسيوط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ ، المحاماة رقم ٣٦٨ ص ٧٤٧ السنة السابعة عشرة .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٨٣ . الخطاب على سيدى خليل ج ٥ ص ٦٧ . وشرح الخرشى ج ٤ ص ٢٠٦ .

(٣) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٨٨ .

مما سبق يبين لنا أن الرأي السائد في الشريعة الإسلامية يقرر كمال أهلية المرأة البالغة الرشيدة متزوجة كانت أو غير متزوجة ، شأنها في ذلك شأن الرجل تماماً . وهذا يخالف ما عليه الحال في كثير من القوانين الأوروبية حيث تعتبر الزواج عارضاً من عوارض الأهلية يصيب النساء فيمنعهن من التصرف في أموالهن إلا بإذن أزواجهن . ولم يبلغ انعدام أهلية المرأة المتزوجة في فرنسا إلا حديثاً بموجب القانون الصادر في ١٣ فبراير سنة ١٩٣٨ والقانون الصادر في ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٤٢ .

ولم يقل أحد من فقهاء الشريعة بأن الزواج يحد من أهلية المرأة ، بل بالعكس نجده عند مالك وسيلة لترشيدها ورفع الحجر عنها وإذا كان يتمتع عليها عنده أن تتبرع إلا بإذن زوجها ، فذلك لا يرجع لنقص أهليتها ، بل لأنه يرى أن لزوجها حقاً متعلقاً بأموالها .

القسم الثانى
عوارض الأهلية

عوارض الأهلية

تناول معظم فقهاء الأصول من الحنفية بيان عوارض الأهلية . وقسموها قسمين : سماوية ، ومكتسبة . فالعوارض السماوية هي النازلة من قبل الشارع وليس لإرادة الإنسان واختياره مدخل فيها. وعددها أحد عشر عارضاً وهي : الصغر والجنون والعتة والنسيان والنوم والانعاء والرق والمرض والحيض والنفاس والموت . والعوارض المكتسبة هي التي نشأت باختيار الإنسان سواء من نفسه كالسكر والهزل والجهل والسفه والخطأ ، أو من غيره كالاكراه^(١).

وسنرى فيما بعد أن كثيراً من هذه الأمور التي ذكرها الفقهاء على أنها من عوارض الأهلية ليست كذلك ، يدل على ذلك أنهم حينما تكلموا عن أحكام هذه الأمور قرروا أن بعضها كالخطأ والاكراه والهزل والرق ومرض الموت لايتعلق بالأهلية ، وعدوها من العوارض على أساس أنها تغير في بعض الأحكام المتعلقة بالأهلية التامة عن الثبوت فتبطلها إبطالا كلياً أو جزئياً أو تجعلها موقوفة على من له الإجازة^(٢) . فهم نظروا إلى عارض الأهلية ، لا من حيث تأثيره في الأهلية بل من ناحية منعه من ثبوت الأحكام الشرعية للتصرف . وبذلك يكونون قد خلطوا بين عوارض الأهلية وغيرها من الأمور التي قد تشابهها من ناحية آثارها وإن اختلفت عنها في طبيعتها ، كالأموال التي تؤثر في الرضا والاختيار أو تمنع الشخص من التصرف لأجل حق الغير .

(١) البزدوى ج ٤ ص ٢٦٣ . والتقريب والتحجير ج ٢ ص ١٧٢ . والتلويح على والتوضيح ج ٢

ص ١٩٢ .

(٢) راجع أحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها ، ص ٢٣ . والبزدوى ج ٤ ص ٢٧٨ ، ٢٨٢ ، ٣٠٧ ،

٣١٢ ، وما بعدها .

ولتحديد عوارض الأهلية بالمعنى الصحيح في الشريعة الإسلامية يلزم بيان طبيعة هذه العوارض .

طبيعة عوارض الأهلية :

العوارض جمع عارضة أو عارض . والعارض هو الشيء غير العادى . ويقصد بعوارض الأهلية الأمور التي تطرأ لبعض الأشخاص فتحد من أهليتهم أو تعددها ، أو كما يقول فقهاء الشريعة هي الأمور المنافية للأهلية ، وليست من لوازم الإنسان من حيث هو إنسان^(١) .

ولا يتيسر لنا الوقوف على طبيعة عوارض الأهلية إلا على أساس طبيعة الأهلية ذاتها . ولما كانت الأهلية صفة لاصقة بالشخص تجعله صالحاً لأن يباشر بنفسه تصرفاته على وجه يعتد به شرعاً نظراً لسكالك تمييزه عن عقل أو عن عقل ورشد عند معظم الفقهاء ، لزم أن يكون العارض المؤثر في الأهلية مؤثراً في هذه الصلاحية ، ويلحق بالإنسان وصف انعدام الأهلية أو نقصانها بسبب هذا الأمر غير العادى الذى أثر في تمييزه وعقله أو في رشده عند من يشترطه .

من هذا نرى أن عوارض الأهلية لا بد أن يتوفر فيها الشروط الآتية :
(أولاً) أن تكون أموراً غير عادية : بمعنى أنها أمور استثنائية تعرض لبعض الأشخاص دون البعض الآخر ، وليست أموراً عادية يشترك فيها جميع الناس ، والا انتفى عنها صفة العارض ، إذا كانت من لوازمهم^(٢) .

(١) أحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها ، ص ٢٤ .

(٢) المرجع المذكور عاليه في الموضع المشار إليه .

وعلى ذلك فانعدام الأهلية بسبب الصغر والموت ، وانعدام التمييز بسبب النوم لا يدخل تحت مدلول العوارض ، لأن الصغر والموت والنوم أمور عادية يمر بها كل إنسان .

ولقد اعتبر فقهاء الحنفية الصغر عارضاً مع أنه ثابت بأصل الخلقة لكل إنسان على أساس أن آدم وحواء لم يخلقاً صغيرين واعترض الصغر لأولادهما^(١) . ولكن هذا التعليل غير مقبول ، إذ أصبح الأصل أن كل إنسان يمر بهذه المرحلة ، وكون آدم وحواء لم يخلقاً صغيرين ، فهذا استثناء ، لا يجوز القياس عليه . والموت كذلك ، وإن أعدم الأهلية ، فلا يعتبر عارضاً ، لأنه أمر عادي يشترك فيه جميع الناس .

أما النوم ، وإن عده الفقهاء من ضمن عوارض الأهلية ، إلا أنهم عند الكلام عن أحكامه قرروا أنه لا يحدث خللاً بالأهلية ، لا على أساس أنه أمر عادي يمر به كل إنسان ، بل على أساس أنه لا يعدم العقل وإن أعجز عن استعماله . «والعجز عن استعمال العقل لا يوجب عدم العقل فتبقى الأهلية ببقائه ، كمن أعجز عن استعمال السيف لم يؤثر ذلك في السيف بالإعدام . ألا ترى أنه لا يولى عليه كما يولى على الصبي والمجنون ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن معصوما عنه ولو كان فيه زوال العقل يعصم عنه النبي كما عصم عن الجنون^(٢)» .

والسبب الذي دعا فقهاء الحنفية إلى هذا الاضطراب يرجع إلى ما جروا عليه من الخلط بين عوارض الأهلية والأمور المؤثرة في الرضا . حقاً إن عبارات الفأثم باطلة ، ولكن ذلك لا يرجع لانعدام أهليته ، وإنما لانعدام رضا واختياره .
ثانياً : أنها أمور لاصقة بالإنسان تؤثر في صلاحيته لمباشرة التصرفات ،

(١) البردوي ج ٤ ص ٢٦٣ وما بعدها .

(٢) التقرير والتحرير ج ٢ ص ١٧٧ - البردوي ج ٤ ص ٢٧٩ .

فكما أن الأهلية صفة من صفات الإنسان ، فكذلك العارض المؤثر فيها صفة لا صفة به . وعلى ذلك يتميز العارض بصفة الاستمرار ، وإن كان لا يشترط فيه الدوام . ويترتب على ذلك ثبوت الولاية على من يصاب بعارض من عوارض الأهلية لثبوت عجزه عن مباشرة تصرفاته ، شأنه في ذلك شأن عديم الأهلية أو ناقصها بسبب الصبا . وهذه الصفة هي أهم ما تتميز به عوارض الأهلية عن غيرها من الأمور التي قد تلتبس بها .

ثالثاً : أنها أمور تؤثر في التمييز والعقل أو في الرشد : فلما كانت الأهلية مناطها التمييز بالعقل أو العقل والرشد عند معظم الفقهاء ، لزم أن يكون العارض المنافي لها مؤثراً في هذه الأمور أيضاً . فإذا توفر العقل والرشد توفرت الأهلية ولا يؤثر فيها ما قد يطرأ للشخص من أمور تجعل تصرفه معيباً أو موقوفاً على اجازة غيره نظراً لانعدام رضاه أو لمنع الشارع إياه من التصرف بحفظه على حقوق الغير التي تتأثر من هذا التصرف .

وعلى ذلك يلزم التمييز بين عوارض الأهلية والأمور التي قد تشابهها من حيث آثارها وإن اختلفت عنها من حيث طبيعتها كعيوب الرضا وأحوال المنع من التصرف .

أولاً : تمييز عوارض الأهلية عن عيوب الرضا :

عوارض الأهلية كما سبق أن بينا أمور طارئة للإنسان تؤثر في عقله أو في رشده . وهي حالة مرضية لها صفة الاستمرار ، تؤثر في قدرة الشخص على أن تنتج تصرفاته الشرعية آثارها . ونظراً لانعدام هذه القدرة أو ضعفها يولى عليه ويقوم وليه أو وصيه بمباشرة تصرفاته نيابة عنه كما في الجنون والعتة والسفه والغفلة .

أما عيوب الرضا فهي أمور وقتية تطرأ للشخص بصدد تصرف معين تجعل رضاه معيباً فلا ينتج التصرف أثره لعدم توفر الرضا اللازم لصحة التصرفات ، كما في الإكراه والجهل (الغلط في التصرفات) . وهذه الأمور وإن أثرت في التصرف الذي شأبه ، فإنها لا تحل بأصل صلاحية الشخص في إبرام هذا التصرف لعدم تأثيرها في العقل أو الرشد ، لذلك لا يولى على من شاب تصرفه عيب يؤثر في رضاه .

ثانياً : تمييز عوارض الأهلية عن أحوال المنع من التصرف :

قد يمنع الشخص من إبرام التصرف بالرغم من سلامة عقله وتوفر رشده . هذا المنع لا أثر له على الأهلية لأنه لا يحل بصلاحية الشخص في مباشرة التصرفات . ويرجى من المنع تحقيق مصلحة مشروعة ، غالباً ما تكون هي المحافظة على حقوق الغير التي تتأثر بالتصرف كما يبين ذلك في الحالات الآتية : —

١ — مرض الموت : (١)

اعتبر جمهور الفقهاء مرض الموت من عوارض الأهلية على أساس أنه يغير في بعض الأحكام المتعلقة بالأهلية التامة فيمنعها عن الثبوت . ولم يعدوه عارضاً حقيقياً لأنه لا يؤثر في الأهلية بنوعيتها نظراً لثبوت الذمة والعقل (٢) .

ولقد قيد الفقهاء الشرعيون تصرفات المريض مرض الموت بأحكام خاصة على أساس أنه في حالة المرض تتعلق بماله حقوق دائنيه وورثته : حق الدائنين

(١) هو المرض الذي يغلب فيه الملاك عادة ويعقبه الموت متصلاً به . راجع : المبسوط ج ١٨ ص ٢٦ . والبدائع ج ٧ ص ٢٢٤ . ورد المختار ج ٢ ص ٧١٧ . والبحر الرائق ج ٤ ص ٤٦ . والفتاوى البرازية ج ١ ص ٢٩٩ بهامش الهندية . وجامع الفصولين ج ٢ ص ٢٣٩ . والدر المختار ج ١ ص ٣٨١ . والمحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٤٨ .

(٢) البزودي ج ٤ ص ٣٠٨ . والتقرير والتعير ج ٢ ص ١٨٦ .

في استيفاء ديونهم من هذا المال ، وحق الورثة في أن يخلص لها ثلثا التركة بعد قضاء الديون . وتعلق حق الدائنين والورثة بمال المريض لأن المرض سبب الموت غالباً ومقدمة له فأقيم مقامه من حيث تعلق حقوق هؤلاء بمال صاحبه^(١) .

والقاعدة هي منع المريض من كل تصرف يترتب عليه الإضرار بالدائنين أو الورثة إلا إذا كان التصرف من حاجاته الخاصة أو متصلاً بها ، فإنه حينئذ يخرج عن دائرة المنع كالتفقة الضرورية على نفسه ، وعلى من يجب عليه نفقته بالمعروف ، وزواجه بمهر المثل ... الخ .

وتصرفات المريض مرض الموت ليست باطلة لأن هذا المرض لا يعتبر عارضاً من عوارض الأهلية طالما أنه لا يؤثر في العقل أو الرشد . فتصرف المريض يعتبر صحيحاً نافذاً ولو تناول جميع ماله إذا لم يكن له ورثة أو دائنون . ولو كان منعه من التصرف يرجع لعيب في أهليته لما أجزى تصرفه سواء أكان له ورثة ودائنون أم لا .

وتقد ثار الخلاف بين المحاكم المصرية والشرح بخصوص طبيعة مرض الموت .

فذهب بعض الشراح إلى اعتباره عارضاً من عوارض الأهلية^(٢) . وبهذا أخذت بعض الأحكام ، فقضى بأن « في مرض الموت معنى الحد من الأهلية الكاملة لدى المريض . والغرض من هذا الحد رفع الإيثار بين الورثة »^(٣) .

(١) محمد زيد . الأحكام الشرعية ج ٣ ص ٣١٨ وما بعدها . وأحد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها ص ٣٩ .

(٢) ذهب فتحي زغلول إلى القول بأن مرض الموت يجعل رضا صاحبه غير صحيح لما قد يكون للمتعاقد معه من تأثير عليه وهو في هذه الحالة (شرح القانون المدني ص ٢٢٨) . وهذا القول غير سليم لأنه مرض الموت في حد ذاته لا يخل بالعقل ولا يعيب الرضا .

(٣) محكمة طنطا الكلية ، ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ ، المحاماة رقم ٣٧ ص ٦٧ السنة الحادية عشرة .

والرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء يقضى بعدم اعتبار مرض الموت عارضاً من عوارض الأهلية . فتصرف المريض ، وإن أضر بالدائنين أو الورثة يعتبر صحيحاً ، ولا يجوز لهم طلب إبطاله لأنه صادر من أهله ، وإنما يعتبر فقط غير نافذ في حقهم . وتطبيقاً لذلك حكم بأن « تقييد تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية ليس سببه عدم أهلية المريض ، بل هو المحافظة على حق الورثة ومنع المورث من إثارة بعضهم على بعض ^(١) » . كما حكم أيضاً بأن « العقد الصادر من المريض مرض الموت ، لا يوصف بالصحة أو البطلان بالنسبة للغير ، إنما يكون غير نافذ في حقه كما يقول الفقهاء . ولهذا فلا حاجة به إلى أن يتمسك ببطلان هذا العقد ولا بصحته لأن العقد غير نافذ في حقه حتى ولو كان في ذاته صحيحاً . فطلب الغير إذا إبطال هذا العقد ليس الغرض منه البطلان النسبي للعقد ، إنما الغرض هو عدم سريان هذا العقد عليه . والنزاع الذى هو موضوعه عدم سريان العقد على من لم يكن طرفاً فيه وباعتبار أنه أضر بحق له مشروع هو نزاع خارج عن هذا العقد بالمرّة سواء من ناحية أصل هذا العقد أى أركانه وشروط صحته أو من ناحية أخرى من نواحيه ^(٢) » .

٢ - الرو :

بينما فيما سبق مدى اختلاف الفقهاء في أهلية الرقيق ^(٣) . ورأينا أن غالبيتهم قررت إنعدام أهليته للوجوب ، ورتبت على ذلك القول بإنعدام أهليته للأداء .

(١) محكمة الزقازيق الابتدائية — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ — المحاماة رقم ١٦٠ ص ٢٥٧ السنة التاسعة . راجع أيضاً محكمة مصر السكية — ١٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة رقم ٦٤٥ ص ١٢٥٧ السنة الثالثة عشرة . ورد في هذا الحكم « لا شبهة في أن عدم نفاذ تصرفات المريض شرعاً ليس مرجعه نقصاً في الأهلية ، بل هو قيد خاص شرع لمصلحة الورثة أو دائئي التركة » .

(٢) محكمة استئناف مصر، ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٦ رقم ١٦ ص ٢٥ السنة الثامنة عشرة .

(٣) راجع ص ٤٠ .

ولكننا نرى أن الرق لا يؤثر في الأهلية بنوعيتها لقيام العقل والذمة .
فلكل إنسان ذمة ثابتة له بقاء على العهد الماضي الذي تم بين الرب والعبد ،
والرق لا ينفي وجودها لأنها ثابتة بحكم الشرع ^(١) . أما قول الفقهاء بأن للرقيق
ذمة من حيث هو إنسان ولا ذمة له من حيث هو مال فقول غير مستساغ لأن الذمة
إذا ثبتت فإنها لا تتجزأ . وإنعدام ملكية الرقيق لا يرجع لعدم صلاحيته
لوجوب الملك ، إنما يرجع لثبوت حق مولاه ، إذ هو وما ملكت يده لسيده .
يدل على ذلك أنه لو أذن له مولاه بالتملك لزال المنع من وجوب الملك ، كما قال
بذلك معظم الفقهاء ^(٢) .

وكذلك الحال بالنسبة لأهلية الرقيق للأداء فنرى أنها متوفرة له طالما أنه
بالغ عاقل رشيد . أما منعه من مباشرة التصرف فلا يرجع لإنعدام أهليته ، إنما
أساسه إنعدام سلطته . يدل على صحة قولنا ما يلي : —

١ — يستطيع الرقيق أن يباشر عقد المكاتبه لقوله تعالى « وكتبوهم إن
علمتم فيهم خيرا » . ومعنى المكاتبه أن يتعهد العبد بأداء قدر معين من المال
على أن يكون حراً إذا نفذ ما تعهد به . فلو كان الرقيق عديم الأهلية لما استطاع
أن ينشئ بعباريته عقداً .

ب — الرقيق من أهل التبرعات ، إنما منع من التبرع لحق مولاه . يدل على ذلك
أنه لو أوصى الرقيق بشيء إلى ما بعد عتقه ، ثم أعتق ومات فإن وصيته تصح لزوال
المانع .

(١) يرى بعض الفقهاء أن العبد لاذمة له ، فهي مملوكة للعولى بدليل أنه لو أقر على العبد
بدين صح إقراره ، ولو لم تكن مملوكة له لما صح هذا الإقرار . يرد على ذلك بأن صحة هذا
الإقرار ترجع إلى أن السيد مالك لمالية العبد ، ولا ترجع إلى كونه مالكا لذمته بدليل
أن إقرار السيد لا يصح إلا بقدر مالية الرقبة . ولو كان هذا الإقرار يصح باعتبار أنه مالك
لذمته لصح الإقرار بما زاد عن ماليته كما لو أقر على نفسه . وهو في ذلك كالوارث يقر بالدين على
مورثه وإن لم تكن ذمته مملوكة له (البزدوى ج ٤ ص ٢٩٧) .

(٢) مالك والشافعي في مذهبه القديم وابن حنبل في إحدى الروايتين .

بمعكس الصبي إذا أضاف الوصية إلى ما بعد إدراكه ثم مات بعد الإدراك لم تصح الوصية لعدم صلاحية عبارته لإنشائها^(١).

ج — لو أقر العبد بدين على نفسه صح إقراره ووجب الدين في ذمته ، بدليل جواز كفالاته ويمكن مطالبة السكفيل في الحال ، أما العبد فلا يطالب إلا بعد العتاق^(٢).

٣ — الأئمة :

يرى جمهور الفقهاء أن المرأة لا تستطيع أن تباشر وحدها عقد نكاحها بل لا بد من وجود الولي . كما يرى مالك أنه ليس للمرأة أن تتبرع إلا بإذن زوجها . وسواء أكان الأمر متعلقاً بعقد المرأة لنكاحها بنفسها أم بالتبرع بما لها دون إذن زوجها فإنه لا يعدو أن يكون في طبيعته منعاً من التصرف لأسباب مختلفة سترد في بحث مقبل .

ملاحظة :

نستنتج مما سبق أن عوارض الأهلية هي الأمراض التي تؤثر في العقل ، أو في الرشد عند الفقهاء الذين يستلزمونه لسكال الأهلية . وبذلك تكون العوارض في مجلتها هي :

أولاً : عوارض تؤثر في العقل ؛ وهي الجنون والعتة .

ثانياً : عوارض تؤثر في الرشد ، وهي السفه والغفلة عند جمهور الفقهاء ، (وكذلك الأئمة عند بعض الفقهاء) .

والآن نبحث هذه العوارض وفقاً للتقسيم المذكور .

(١) البدائع ج ٧ ص ٣٣٤ .

(٢) البزدوى ج ٤ ص ٢٩٦ .

البَابُ الأولُ

الامراض المؤثرة في العقل

الجنون والعتة

قلنا فيما سبق إن الأهلية مناطها التمييز بالعقل . والعقل أساس الرضا الحقيقي .
في التصرفات والعقود . ولما كان الصغير عديم الأهلية لانعدام عقله ، كان لازماً
قياس هذا الحكم على كل فاقدي العقل كالجنون والمعتوه . وانعدام
الأهلية هنا ثابت بالحديث الشريف القائل « رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون
والمغلوب على عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم » .

الفصل الأول

ماهية الجنون

أولاً : عند علماء الشرع :

عرف فقهاء الشريعة الجنون بأنه فقدان العقل أو اختلاله . وقسموا الجنون
بحسب سببه إلى أصلي وعارضى . ففي النوع الأول يولد الإنسان بأصل خلقة
فاقد العقل « فلا يصلح لقبول ما أعد لقبوله كعين الأكمة ولسان الأخرس ، وهذا
النوع لا فائدة من الاشتغال بعلاجه » . وفي النوع الثاني يولد الإنسان ومعه أصل
العقل ، ولكن تطرأ عليه آفة قد تفقده « فيزول الاعتدال الحاصل للدماغ خلقة بسبب
رطوبة مفرطة أو يبوسة متناهية ، وهذا النوع يعالج بما خلقه الله من الأدوية » .
وقد تحدث به خلافاً مع بقاء أصل العقل « نتيجة استيلاء الشيطان عليه فيخيله الخيالات
الفاصلة ويفزعه في جميع أوقاته . وهذا النوع يعالج بالتعاويد والرقى » ^(١) .

(١) التقرير والتحجير ج ٢ ص ١٧٣ ، والتلويح على التوضيح ج ١ ص ٢٦٧ ، والبرزوى

التفرقة بين الجنون والعتة :

اضطربت أقوال الفقهاء في التفرقة بين الجنون والعتة .

فالبعض اعتبر العتة نوعاً من الجنون من حيث أن كلا منهما يفقد العقل ، واختلفوا في التفرقة بينهما . فمنهم من قال إن الجنون يصاحبه اضطراب وهيجان ، أما العتة فيلازمه الهدوء . ومنهم من قال ان الجنون لا تعتريه فترات إفاقة ، أما العتة فتتخلله هذه الفترات . ولهذا أطلق الأتقاني على الذى يحن ولا يفيق اسم الجنون المغلوب وعلى الذى يحن ويفيق اسم المعتوه^(١) .

وبالعوض الآخر اعتبر العتة أمراً مستقلاً عن الجنون . فالأول ينقص العقل ويلحق صاحبه بالصبي العاقل ، والثانى يعدمه ويلحق صاحبه بالصبي غير العاقل^(٢) . جاء فى التبيين^(٣) « والمعتوه كالصبي العاقل فى تصرفاته ، ورفع التكليف عنه ، وهو الناقص العقل ، وقيل هو المدهوش من غير جنون . واختلفوا فى تفسيره اختلافاً كبيراً ، وأحسن ما قيل فيه : هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل الجنون » . ولقد نقلت المجلة هذا التعريف فى المادة ٩٤٥ فقالت « المعتوه هو الذى اختل شعوره ، بحيث يكون فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً » .

وقال البعض^(٤) فى الحد الفاصل بين العاقل والجنون والمعتوه : « إن العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله وغيره نادر والجنون ضده . والمعتوه من يختلط كلامه وأفعاله . فيكون هذا غالباً وذاك غالباً فكانا سواء » .

(١) راجع التبيين ج ٥ ص ١٩١ .

(٢) البردوى ج ٤ ص ٢٧٤ .

(٣) التبيين للزيلعى فى شرحه على الكنز ج ٥ ص ١٩١ .

(٤) جامع أحكام الصفار للاستروشى بهامش جامع الفصولين ج ١ ص ١٠٦ .

والظاهر أن الفقهاء الشرعيين فرقوا بين نوعين من العته : أحدهما يعدم التمييز فيلحق صاحبه بأول أحوال الصبا ، واعتبروه جنوناً ، إلا أنه جنون هادئ لا يصحبه هيجان ، وثانيهما يضعف التمييز ويلحق صاحبه بآخر أحوال الصبا ، فيصير مختلط الكلام فيشبهه بعض كلامه كلام العقلاء وبعضه كلام المجانين وكذا في سائر أموره^(١).

ثانياً — في القانون المصري :

لم يعرف القانون المصري العته أو الجنون ، كما لم يفرق بينهما في أحكام الحجر والتصرفات . ولقد أحسن المشرع المصري صنعا بعدم اعتداده بهذه التفرقة ، ويلحاقه المعتوه عموماً بالجنون دون الصبي المميز . ذلك أن الأخير سليم العقل لم تصبه آفة ، فأصل التمييز متوفر لديه ولو أنه تمييز ناقص نظراً لعدم اكتمال عقله وهو مع ذلك يستطيع التمييز بين الخير والشر ، في الحدود التي تسمح له بها تجاربه . أما المعتوه فهو ذو علة فتمييزه محتمل ، لا تنقصه التجارب فحسب ، كما هي الحال في الصبي المميز . لذلك لا تنفعه التجربة ولا تزيد من معرفته للأمور شيئاً .

ثالثاً — في الطب الحديث

يقسم الأطباء الأمراض التي تصيب العقل قسمين رئيسيين^(٢) :

أولاً . النقص العقلي .

ثانياً : الاضطراب العقلي . وإليك أهم أنواع أمراض العقل التي تندرج تحت

هذين القسمين الرئيسيين :

(١) البزدوى ج ٤ ٢٧٤ .

(٢) عبد الحميد عامر وسدني سميث ص ٤٦٩ .

أولاً : ماوت النقص العقلي Amentia

يقصد بالنقص العقلي عدم تمام نمو المدارك العقلية ، فيولد الشخص ناقص العقل بسبب خلقي ، أى تنقصه ملكة ذهنية معينة من يوم ميلاده .
ويتدرج النقص العقلي من العته إلى البله إلى الضعف العقلي :
١ — العته idiocy هو أحمط الدرجات حيث لا نمو في العقل تقريباً .

ويتميز المعته بهدم القدرة على الكلام والانتباه والقيام بحاجاته الضرورية البسيطة . وبالرغم من أن أعضاء الحس لديه كاملة من الوجهة التشريحية فإن حواسه تكاد تكون معدومة من الوجهة الوظيفية ، وهو لا يستطيع أن يتعرف على أهله أو على الأشخاص القائمين بخدمته .

وهناك درجة أخف وطأة من هذا العته المطلق Absolue حيث يستطيع المصاب أن يتكلم بعض الكلمات ويتمم بألفاظ غير مفهومة ويصرخ كالطفل إذا جاع أو إذا مسه أذى ويستطيع أن يحس ببعض ما حوله ، كما أن انتباهه متقطع . وقد يكون له مواهب محدودة في ناحية معينة كالوسيقى فيسمع الأصوات التي تعجبه ويردها ، أما ما عداها من الأصوات فلا يسمعها ، ولا شعور عنده بالخطر ، وكثيراً ما يمزق ملابسه ويقرض أظافره ويمارس العادة السرية مرات عديدة يومياً .

٢ — البله Imbecility يشمل العته كما يشمل درجات أرقى حيث يكون المصاب قابلاً للتعليم والتربية إلى درجة بسيطة لا تصل في النهاية إلى تخطي سن السادسة أو السابعة من الناحية العقلية . ويمكن تعليم البلهاء القراءة ولكنهم لا يستطيعون إدراك ما يقرأون

٣ — ضعيف العقل Weak Minded وهو المصاب بنقص عقلي لا يصل إلى درجة البله . ويتميز هذا النوع بالحماقة وحدة المزاج وبالتسرع في الحكم على الأشياء ويصدق كل ما يقال له دون تمحيص . وغالباً ما يتمتع بذاكرة قوية جداً ، ذلك أن الذاكرة تقوى على حساب الملكة العاقلة .

نانيا : مآنة الاضطراب العقلى Dementia

فى هذه الحالة يصل العقل إلى نموه الطبيعى ثم يأخذ فى الضعف ، أى أن المدارك العقلية تنقص بعد تمام نموها وهذا الاضطراب هو الجنون بعينه . وقد يكون الجنون عاماً ، أعنى أن القوى العقلية للمريض تكون مضطربة بصفة عامة فيصبح تقديره وتصوره للأمور مختلفاً عن تقدير العاقل وتصوره . وهذا الجنون قد يكون مستمراً وقد يكون متقطعاً أى يأتى فى فترات مختلفة يعقبها فترات وعى وإدراك وتسمى بفترات الإفاقة *Intervales lucides* . وقد يكون الجنون جزئياً أى خاصاً بناحية معينة (*Mania*) فيكون الشخص سليم القوى فيما عدا ناحية معينة حيث تملكه فكرة خاطئة أو اعتقاد خاطئ .

وإليك أهم الأنواع المختلفة لحالات الاضطراب العقلى :

١ — جنون الفصام أو الجنون المبكر ^(١) Dementia Praecox

تظهر أعراض هذا المرض عادة لأول مرة بين المراهقة وسن الخامسة والعشرين بعد صدمة نفسية أو مرض جثامى . وتبدأ بميل المريض للعزلة وتجنبه للمجتمعات فيفضل الجلوس وحيداً شارد الذهن ، وكثيراً ما يتجه إلى الانشغال بأمر ما كالموسيقى أو قراءة الروايات . وقد يندفع إلى العبادة بشكل ملموس وتجده يعيش فى هذا الجو الذى يلائمه هروباً من الواقع .

ويتميز جنون الفصام باختلال الجانب الانفعالى للمريض إذ تنقسم شخصيته فلا يوجد توافق بين إرادته وأفعاله ولا بين تفكيره وانفعاله ، يضحك فى حالة الحزن ويبكى فى حالة الفرح . وإذا تراه هادئاً تراه يقوم فجأة بعمل عنيف

كالقتل ثم يعود إلى هدوئه وهو يضحك غير مكترث بما فعل . وإذا تراه يفعل بدون مناسبة تراه يقابل موقفاً مثيراً ببرود تام^(١) .

وينقسم جنون الفصام إلى ما يلي :

(أ) الفصام البسيط : ويتميز بهدوء المريض وشرود ذهنه وتغير في طباعه فلا يمكنه متابعة عمله ، وتشهد الأعراض ثم تهدأ ويتكرر ذلك عدة مرات .

(ب) الفصام مع العقائد الوهمية : وفيه تسيطر على المريض بعض الأفكار الخاطئة ، فيصاب بالهذيان Delusion أى يعتقد فكرة خاطئة لأساس لها من الصحة ، وغالباً ما تكون هذه الأفكار اضطهادية ، وتختلف بحسب الوسط الذى يعيش فيه ، فإن كان طالباً تراه يعتقد أن زملاءه يعاكسونه وأن مدرسيه يضطهدونه ، فيعيش منعصاً بهذه الأفكار فيضطرب تفكيره ولا يمكنه متابعة دراسته ، فإذا رسب اعتقد أن مدرسيه تعمدوا ذلك .

(ج) الفصام الكتاتونى Katatonia : وفيه يتحول المريض إلى شبه تمثال أصم فيمكث ساعات طويلة فى وضع معين لا يغيره مهما كان هذا الوضع متعباً ، فيظل طول اليوم رافعاً ساقه أو يده ، وقد ينام رافعاً رأسه عن الأرض دون أن يشعر بأى تعب . وفى بعض أنواع الكتاتونيا قد لا يتكلم المريض إلا كلمة أو جملة واحدة يرددها دائماً بسرعة وباستمرار .

(د) الفصام مع التهيؤات : هو أكثر أنواع الفصام حدة ويتميز بالهلوسة Hallucination ، فيسمع المريض أصواتاً أو يرى أشياء لا وجود لها . وهذه التهيؤات بصرية كانت أو سمعية تزعج المريض وتجعله يتهيج ويهذى بكلمات غير مفهومة . وفى بعض الأحوال يخيل للمريض أنه شخص آخر أو أن من حوله لا وجود لهم .

(١) محاضرات للدكتور محبوب ثابت ألقاها على طلبة المعهد الجنائى سنة ١٩٤٤ .

٣ — جنون الشخوخة :

هو ضعف عقلى يتمشى مع الضعف الجسمانى فى سن الشيخوخة وبه يقع المريض فريسة للهذيان فيظن السوء بأقاربه وبمن حوله، ويعتقد أنهم يدبرون له المؤامرات لاختلاس أمواله، ويشك فى سلوك زوجته وتنقص القوى العقلية للمريض وخاصة قوة الذاكرة. وغالباً ما يمثل طيش الشباب فيرتكب بعض الجرائم الجنسية ويقسق بالأطفال ذكوراً كانوا أم إناثاً ويكشف عن عورته، وهذا ما يسمى بالعرض Exhibitionisme.

٣ — السُّل العام الجنونى :

general peralised insane, Demantia paralitica

ينشأ هذا المرض نتيجة إصابة المخ بالزهرى ويبتدىء ظهوره بعد سن الأربعين، وفيه تحصل إرتعاشات بعضلات الوجه واللسان واليدين، ويكون الكلام بطيئاً مصحوباً بتلعثم. وتضعف قوة الحواس وينقص التمييز، وغالباً ما يتوهم المريض إزدياد ثروته وأنه يمتلك القصور الفاخرة والأراضى الشاسعة فيقدم على مشروعات مالية كبيرة تؤدي إلى خرابه. وفى نهاية المرض تضعف القوى الجسمانية ولا يقوى المريض على مغادرة الفراش ويفقد كل قواه العقلية.

٤ — الجنون الدورى^(١) : Manic depressive Psychosis

سمى هذا الجنون بالدورى لأن المريض ينتقل من حالة التهيج إلى الهبوط وهو يشمل الهوس والملائخوليا وجنون الحمل.

(١) الهوس Mania هو آفة عقلية مصحوبة بتنبيه عقلى زائد تنشط فيه انفعالات المريض فيغالى فى الفرح أو الحزن أكثر مما يقتضيه المقام. وتقفز

(١) المرجع السابق ص ١٨٥٣.

أقواله وأفكاره من موضوع إلى موضوع فتختلط ببعضها وينشأ عن ذلك أقوال وأفعال هذيانية فيندفع المصاب بلا فكر ولا ترو إلى أعمال مختلفة عديمة الجدوى .

(ب) الملائخوليا Malenchoia . يتميز مريض الملائخوليا بازدياد حزنه وشؤمه فيتخيل أنه مصاب بمرض فتاك لا أمل له من شفاؤه ، وقد يعتقد أنه ارتكب خطأ لا سبيل لغفرانه . وغالباً ما يصاب بهلوسة سمعية فيسمع أصواتاً تؤنبه على ما ارتكب من ذنوب لا وجود لها إلا في مخيلته ، وقد يحاول التكفير عنها بفق عينيه أو قطع بعض أعضائه ولا سيما الأعضاء التناسلية التي يعتبرها مصدر خطايه . وربما لا يكفي هذا التكفير في نظره فيعمد إلى الانتحار والتخلص من الحياة ، وغالباً ما يلجأ إلى قتل أحبائه قبل الانتحار اشفاقاً عليهم من أن يكونوا ضحية لليتم والعوز .

(ج) جنون الحمل والنفاس والرضاع : قد تصاب المرأة أثناء الحمل أو بعد الوضع لغاية إنتهاء الرضاعة بانحطاط في قواها العقلية فتصاب بالتخيلات الهذيانية . وقد تلجأ إلى الانتحار أو قتل رضيعة أو زوجها ، وربما تنسى الأم جريماتها ثم تعود وتذكرها بعد زمن طويل . وقد يكون هذا التذكر منحرفاً Prevented فتعتقد أن ضررتها أو زوجها أو أحد أقاربها هو الذي قتل وليدها .

٥ — الجنون الخلطي : Confusional psychosis

يحصل هذا الجنون نتيجة لوجود سموم معينة بالجسم كما في جنون الحشيش الناشئ عن الادمان على تعاطي المخدرات وكما في الجنون الكحولى الناشئ عن الادمان على شرب الخمر وكما هو الحال أيضاً في مرض البلاجرا ، وهو مرض جسمى ناشئ عن نقص في أحد أنواع فيتامين « ب » .

وهذا الجنون يصحبه أعراض هذيانية وهلوسة سمعية وبصرية . وغالباً ما يفقد

المريض قوة إدراكه وتمييزه بحيث لا يعرف من حوله ولا يفهم ما يقال له ويصاب المريض باضطراب في جهازه الهضمي أو التناسلي . وقد يعتقد أن سبب هذا الاضطراب يرجع إلى أن زوجته تدس له السم فيتمهما بالخيانة وسوء السلوك . ويتفق جنون الخلط مع الملائخوليا من حيث أن المريض يلجأ إلى القتل قبل الانتحار . ولكنهما يختلفان من حيث أن القتل في الحالة الأولى مقصود به الاشفاق على المقتول بينما في الحالة الثانية يقصد به الانتقام والتشفى .

٦. — البارانونيا أو جنون العظمة^(١) : Baranoia

يتمتع سريض البارانونيا بذكاء عادي أو فوق العادي . وقد يبدو لأول وهله منطقياً سليم التفكير . ولكن بالتدقيق في تصرفاته تجده شديد الحذر يبدو عليه الحرص والمكر . فإذا ناقشته سرد لك قصصاً كثيرة تدور حول شخصيته واضطهاد الناس له أو تقديرهم وتعظيمهم إياه . وغالباً ما يعتقد فكرة خاطئة بوجه لها كل تفكيره ويجعلها موضوع حديثه ويحاول أن يقنع كل من يقابله بمنطقه وبرهانه . ولا يمكن اقناعه بخطئه أو بأنه واهم في اعتقاده ، ومن يحاول ذلك يعتبره المريض عدواً له .

ويغالى المريض في تقدير نفسه فتظهر عليه علامات الكبرياء فيتموهم أنه إله يجب له الطاعة ، أو أن الوحي هبط عليه فأصبح رسولا من عند الله فيأخذ في نشر دعوته بمختلف الطرق والوسائل محاولا التأثير على الناس بخرافاته وخزعبلاته ، أو يعتقد أنه من سلالة الملوك وأن له الحق في العرش ويتأذى من عدم قيام الناس له بالاحترام الذي يتناسب مع معتقده الخاطيء . وأكثر حالات البارانونيا شيوعاً النوع الاضطهادي ، فيشكو المريض من أن من حوله يضطهدونه

(1) Warner, E.C., Savill'S. Systeme of Clinical Medicine. P. 1093-1094.

ويتكلمون عنه بالسوء وأنهم يحاولون هدم فكرته ويدبرون المؤامرات للقضاء عليه .

ويتميز مريض البارانويا عن مريض الفصام بأن هذيانه ينتظم في إطار محكم ثابت وأن انفعاله متوافق مع أفكاره . وقد يكون هذيانه متعلقاً بأمور جنسية فيهم بفتاة معينة ويعتقد أنها تحبه ولكنها لا تظهر حبها خوفاً من قوم معينين يمنعون عنه فتاة أحلامه أو أن زميلاً له ينافس في زواجها ويحكي له الدسائس لمنع من هذا الزواج .

وكثيراً ما يقدم شكاوى للبوليس أو النيابة طالباً رفع الظلم عنه ، فإذا حفظت اعتقد ان ذلك نتيجة لحصول الحق على رشوة من أعدائه الوهميين .

هالوت منفردة :

١ — الصرع ^(١) Epilepsy

نوبة الصرع في العادة نوبة تشنجية تدوم دقائق قليلة يفقد المريض خلالها وعيه ثم تنتهي النوبة ويظل المريض فترة تطول أو تقصر في شبه نوم عادي . وقد يسبقها اضطراب خاص في الحس يسمى بالذير Aura .

وهناك نوبة صرعية صغيرة تعرف باسم Petit mal فيها يفقد الصريع وعيه لفترة قصيرة لا تتعدى ثوان ويتوقف الشخص عن الكلام أو العمل في هذه الفترة ثم يعود لمتابعة ما كان يعمل . وقد يأتي المريض بعد هذه الفترة بأعمال تلقائية خطيرة Post Epylyptic Automatism . فقد حدث أن سيدة كانت تقطع الخبز بسكين فأتتها نوبة صرعية فأخذت تقطع في رقبة طفلها ولما أفاقت استمرت

(١) عبد الحميد عامر وسدني سميث ، الطب الشرعي ص ٤٨٠ .

تقطع الخبز وإذا بها تجد ابنها جثة ساجدة في بركة من الدماء .

ولا يعتبر الصرع مرضاً عقلياً ، إنما هو مرض عصبي يوقف استعمال العقل في فترة النوبة . لذلك لا يسأل المريض بهذا الداء عن الأعمال التي تصدر منه في هذه الفترة ، وتعتبر تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً ؛ حتى إذا انتهت النوبة عاد الإنسان إلى حالته الطبيعية وأصبح مسئولاً عن أعماله وتصرفاته .

٣ — اليقظة النومية :

قد يصاب الانسان باليقظة النومية فيقوم من نومه ويأتى أعمالاً مختلفة وكأنه في حلم ، فإذا أصبح تجده لا يذكر مما فعله شيئاً . وتأخذ التصرفات الصادرة في هذه الحالة حكم التصرفات الصادرة من النائم .

الفصل الثاني

أحكام الجنون والعتة

المبحث الأول

في الشريعة الإسلامية

قلنا فيما سبق إن التكليف مرفوع عن الجنون لأنه لا تكليف بلا عقل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ وعن الجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يعقل» . فالجنون يعدم أهلية الاداء كلية ، فتهذر عبارة الجنون ولا يؤخذ بإقراره ولا يقام عايه الحد . ولكن ذلك لا ينفي أهليته للوجوب لأن هذه الأهلية تثبت بقاء على وجود الذمة لدى الآدمي ، وكل إنسان يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحقوق له وعليه . لذلك يثبت في ذمته الالتزامات الناشئة عن التصرفات التي يباشرها عنه وليه والالتزامات الناشئة عن أفعاله لأنه غير محجور عليه في حق الأفعال ، فالفعل إذا وقع لا يمكن رده ، إذ لا يمكن أن يجعل القتل غير القتل والقطع غير القطع . أما عبارته فيمكن ردها ، لذلك يعتبر تصرفه باطلا بطلاناً كلياً وتفتني عنه العقوبات البدنية ، كما هو الحال بالنسبة للصبي غير المميز تماماً .

ووفقاً للشريعة الإسلامية يعتبر الجنون والمعتوه محجوراً عليهما لذاتهما أي بمقتضى الشرع دون حاجة إلى صدور حكم من القاضي . ويستثنى من ذلك المذهب المالكي إذ استلزم صدور الحजर من الأب أو الوصي أو الحاكم ^(١) . ولا يرتفع الحजर عن الجنون والمعتوه إلا بالإفاقة وزوال علتها . هذا إذا كان الجنون أو العتة طارئاً بعد البلوغ . أما إذا ابتلياً به قبل ذلك فلا يرتفع الحजर بمجرد البلوغ عن إفاقة بل لا بد أيضاً من إيفاس الرشد عند من يشترطه ^(٢) .

(١) حاشية العدوى على شرح الحرشي ج ٤ ص ٢٠١ .

(٢) الخطاب على سيدى خليل ج ٦ ص ٧٤ .

وإذا كان الشخص يجن ويفيق فتصرفاته وقت إفاقته صحيحة ووقت جنونه باطلة، ولا صحة للرأى القائل إنه معتوه وأن تصرفاته موقوفة، لأنه في حال الإفاقة كامل الإرادة فيكون تصرفه سليماً. ولقد جاء هذا المعنى في المدونة الكبرى^(١)، فورد فيها ما نصه «أرأيت الصبي والمجنون ما جنيا عن عمد أو خطأ بسيف أو غير ذلك أهو خطأ كله؟ قال مالك: نعم تحمله العاقلة إذا كان مبلغ الثلث فصاعداً، وإن كان أقل من الثلث، ففي أموالهم، وإن لم يكن لهم مال كان ذلك ديناً عليهم يتبعون به. وإن كان المجنون يفوق ويجن فما أصاب في حالة جنونه فهو بمنزلة ما وضعت لك، وإن أصاب في حالة إفاقته فهو والصحيح سواء، يقام ذلك كله عليه إن كان عمداً وإن كان خطأ حملته العاقلة إن كان مما تحمله العاقلة.

«قلت أرأيت المجنون الذي يجن ويفيق إذا قطع يد الرجل عمداً أو افترى على رجل أو فقأ عينه وذلك في إفاقته ثم انتظر به برء الجراح فلما برئت الجراح قدم إلى السلطان وهو معتوه في حالة جنونه وهو يجن في رأس كل شهر ثلاثة أيام، أنقيم عليه جرائره هذه أم تنتظر به حتى يفوق ثم تقيم عليه ما جنى؟ قال أرى أن يؤخر حتى يفوق، وهو قول مالك.»

وخلاصة القول هي أن حكم المجنون كحكم الصبي غير المميز، ولا يختلف عنه إلا من ناحية أنه إذا أسلمت زوجة الصبي غير المميز ينتظر حتى يبلغ ويعرض الإسلام عليه. أما إذا أسلمت زوجة المجنون فيعرض الإسلام على أبويه، فإن لم يسلمها يفرق بين الزوجين. ووجه التفرقة بين الصبي غير المميز والمجنون يرجع إلى أن تمييز الأول له وقت معلوم، أما إفاقة الثاني فليس لها وقت معلوم، لذلك لا معنى للانتظار.

ولقد ثار الخلاف بين الفقهاء بخصوص حق الولي في مباشرة التصرفات التي تنس حالة المجنون (أو المعتوه) الشخصية كالزواج والطلاق ، وإليك البيان :

زواج المجنونة :

يرى معظم الفقهاء جواز تزويج الأب أو وصيه لابنه المجنون إذا ظهرت حاجته للنفكاح سواء كانت الحاجة لقضاء الشهوة أو للايواء والحفظ^(١) . ذلك أنه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال ، جاز تزويج المجنون عند الحاجة من باب أولى .

ويرى الشافعي أن للحاكم تزويج المجنون لأنه يلي ماله . ولكنه قول مردود لأن غير الأب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام والمجنون أولى . ويقصر الشافعي تزويج المجنون على حالة ما إذا كانت حاجته للزواج خاصة بقضاء الشهوة بأن يتبع النساء ويريدهن وأن يكون في زواجه ذهاب لعلمته . لذلك لا يحيز الشافعي تزويج المجنون غير البالغ لأنه يلزمه بالتزويج حقوقاً من المهر والنفقة مع عدم حاجته^(٢) .

تفسير الولي بمهر المثل : يرى الفقهاء أنه لا يجوز للولي أن يزوج المجنون بأكثر من مهر المثل لأن الزواج معاوضة فلا يجوز فيها الزيادة على عوض المثل . ولكننا نرى جواز تزويجه بأكثر من مهر المثل إذا رأى الولي في ذلك مصلحة ، قياساً على جواز تزويج الأمة بأقل من مهر مثلها ، إذ أن المرأة لا ترضى بتزوج المجنون إلا إذا كان الزواج بمهر أزيد من مهر مثلها .

زواج المجنونة :

إن كانت المجنونة ممن يحبر جاز تزويجها لمن يملك إجبارها . لأنه إذا جاز إجبارها مع عقلها وامتناعها فع عدمه أولى . أما إن كانت ممن لا يحبر فننظر :

(١) ابن قدامة ، المغنى ، ج ٤ ص ٣٩٢ .

(٢) الشرح الكبير ج ٨ ص ١٣٤٨ .

إن كان وليها الأب أو وصيه ، فيجوز له تزويجها . أما إن كان وليها الحاكم ففي ذلك وجهان : أحدهما أنه لا يجوز تزويجها لأنها ولاية إجبار فلا تثبت لغير الأب في حال عقلها ؛ وثانيهما أن له تزويجها إذا ظهرت منها شهوة الرجال كبيرة كانت أو صغيرة لأن لها حاجة إلى الزواج لدفع ضرر الشهوة ، ولا سبيل إلى إزالتها ، فأبيح تزويجها . وقال الشافعي أنه لا يجوز تزويج الصغيرة بحال ويمكن تزويج الكبيرة إذا قال أهل الطب إن علتها تزول بتزويجها^(١) .

طلاق المجنون :

لا يقع طلاق المجنون لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون »^(٢) .

ومن المسلم به أنه لا يجوز لغير الأب تطليق زوجة المجنون أو الصغير حتى ولو كان ممن يملك التزويج كوصى الأب .

واختلف الفقهاء في حق الأب في تطليق زوجة المجنون . فيرى أبو حنيفة ومالك والشافعي أن ذلك غير جائز لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : إنما الطلاق لمن أخذ بالساق . ولأنه لا يملك البضع فلا يملك الطلاق بنفسه . ويرى عطاء وقتادة أن للأب التطليق لأن له ولاية يستطيع بموجبها تمليك البضع فيجوز أن يملك بها إزالته^(٣) . ولكننا نرى أن الرأي الأول أوجه من الثاني ، ذلك بأن الطلاق فيه ضرر للمجنون لذلك لا يستطيع الولي مباشرته .

(١) المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٣٩٢ .

(٢) الهداية ج ٣ ص ٣٤٣ .

(٣) المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٣٧١ .

المبحث الثاني

فى القانون الرومانى

يتمشى القانون الرومانى مع الشريعة الإسلامية فى تقريره انعدام أهلية المجنون بمجرد جنونه دون حاجة لاستصدار حكم بذلك^(١) . وإذا حجب على المجنون ، ثم أفاق فإنه يعتبر كامل الأهلية فى فترة الإفاقة حتى ولو لم يصدر حكم برفع الحجب عنه .

وكان القانون الرومانى القديم يقضى بتنصيب قيم Curator على المجنون واستلزم أن يكون القيم من أقاربه الأعصاب أو أعضاء عشيرته .

واختلف الشراح فى تحديد كلمة Furiosus الواردة فى قانون الألواح الاثنى عشر . ففسرها البعض بالجنون بصفة عامة أيا كان نوعه سواء كان هادئاً أو مصحوباً بهيجان وسواء كان متقطعاً أو مستمراً . وقصرها البعض على الجنون المصحوب بهيجان دون غيره^(٢) . وكانت قيم المجنون يباشرون نيابة عنه جميع التصرفات القانونية . فإذا باشر المجنون أى تصرف كان باطلاً بطلاناً كلياً ولا يمكن أن تلحقه اجازة القيم . وكانت القوامة تشمل شخص المجنون وأمواله نفيسة كانت أو غير نفيسة . وفى عصر جوستينيان أصبحت القوامة قاصرة على أموال المجنون دون شخصه . ووجد إلى جانب القوامة الشرعية المقررة لصالح الأعصاب وأعضاء العشيرة القوامة القضائية ، وأصبح لا بد من موافقة الحاكم على القيم حتى ولو كان قيماً شرعياً^(٣) .

(١) بلانيول ج ١ ص ٧٩١

(٢) مونييه ج ١ ص ٣٣٠ .

(٣) بدر والبدرأوى ج ١ ص ١٣٤ .

المبحث الثالث

في القانون الفرنسي

نص القانون المدني الفرنسي على وجوب الحجر على المجنون . ويصدر الحجر من المحكمة المدنية المختصة بعد فحص حالة المجنون العقلية ، وبموجب هذا الحكم ترفع يده عن إدارة أمواله ، ويسمى الحجر في هذه الحالة بالحجر القضائي .
interdiction judiciaire

إلا أن قانون ٢٣ يونيو سنة ١٨٣٣ عالج حالة أخرى شبيهة بحالة الحجر وهي حالة المجنون المحجوز في مستشفى المجانين .

لذلك يفرق الشراح بين ثلاثة أحوال : الحالة الأولى ، المجنون غير المحجور عليه وغير المحجوز في مستشفى . والحالة الثانية ، المجنون المحجور عليه . والحالة الثالثة ، المجنون المحجوز في مستشفى .

(الحالة الأولى) : المجنون غير المحجور عليه وغير المحجوز في مستشفى .

لا يعتبر هذا المجنون عديم الأهلية ، لأنه لا يعتبر عديم الأهلية إلا متى قرر القانون أنه كذلك ، ولكن الأعمال القانونية الصادرة ممن يدعى جنونه لا تكون باطلة إلا طبقاً للقواعد العامة . فيجب إذن أن يثبت أن من قام بالعمل كان مجنوناً وقت التصرف الصادر منه . ومجرد قيام الدليل على أن الشخص يصدر منه أعمال جنونية أو أن حالته العادية حالة جنون لا يكفي وحده لإثبات أنه كان مسلوب الإرادة وقت صدور التصرف^(١) .

ويفضل القانون الألماني القانون الفرنسي من حيث أنه يقيم من الحالة العادية

(١) كاييتان ج ١ ص ١٨٥ . وبلانيول ج ١ ص ٧٩٠ .

للمجنون قرينة على أن الشخص كان مجنوناً وقت التصرف ، وبذلك يعنى طالب البطلان من إثبات الجنون فى ذلك الوقت .

ويلاحظ أن القانون الألمانى والفرنسى لا يشترطان شيوع حالة الجنون الأمر الذى يترتب عليه إضرار بالغير الذى يتعرض للبطلان من غير أن يكون لديه علم بحالة الجنون .

نوع البطالان : يرى الفقه أن التصرفات الصادرة من المجنون الذى لم يتخذ معه إجراءات خاصة (حجراً وحجزاً) تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً أو بعبارة أدق منعدمة لانعدام ركن من أركان التصرف القانونى وهو الإرادة الواعية الحرة^(١) . إلا أن القضاء الفرنسى يذهب مذهباً مخالفاً ويعتبر البطلان فى هذه الحالة نسبياً . لذلك لا يميز لمن تعامل مع المجنون أن يطالب بالبطلان لانعدام مصلحته ولأن الواجب كان يقضى عليه بأن يمتنع عن التعامل مع من فقد عقله . ولا ترى المحاكم مبرراً للفرقة بين المجنون الذى لم تتخذ معه إجراءات خاصة (الحجز أو الحجز) وبين المجنون الذى اتخذت معه هذه الإجراءات ، إذ اعتبر القانون التصرفات الصادرة من الأخير باطلة نسبياً^(٢) .

ولكن هذا القضاء معيب والاعتبارات التى استند عليها واهية ، والقياس على التصرفات الصادرة من المجنون المحجور أو المحجوز قياس مع الفارق ، ذلك أن الحجز أو الحجز غير من طبيعة انعدام أهلية المجنون ، فبعد أن كان انعدام أهليته طبيعياً أصبح انعداماً قانونياً . فالبطلان فى الحالة الأخيرة يكون على أساس أن التصرف صدر من محجور أو محجوز ، لا على أساس أنه صدر من مجنون .

(١) جوسران ج ١ ص ٢ ، وبلانيول ج ١ فقرة ٣٣٧ .

(2) Bourdeaux, 22 avril 1896, D. P, 2, 455,

استثناء إثبات الجنون بعد الوفاة

نصت المادة ٥٠٤ فرنسي على أنه « لا يقبل الطعن بدعوى الجنون بعدموت الشخص فيما أبرمه من تصرفات أثناء حياته إلا إذا كان حججه محكوماً به قبل موته أو كان قد سبق الادعاء به في حال حياته ، وذلك ما لم يكن دليل الجنون ناتجاً من ذات التصرف المطعون فيه ». هذا النص يحرم على الورثة الطعن في تصرفات مورثهم بحجة إبرامها في حال جنونه . ويفسر هذا التحريم بعدة مبررات منها أنه من الصعب ، إن لم يكن من المستحيل ، تقدير حالة المورث العقلية وقت إبرام التصرف . أضف إلى ذلك أن الورثة كثيراً ما يدعون بالحق أو بالبطلان جنون مورثهم ليتوصلوا بذلك إلى إبطال تصرف ضاربهم . وفي ذلك يقول كاييتان « لم لم يحجر عليه الورثة في حال حياته ، وبم يفسر هذا العطف الذي لم يظهر إلا بعد وفاته ولن يستفيد هو من هذا العطف ^(١) ».

استثناءات

نص القانون الفرنسي على ثلاثة استثناءات للقاعدة السابقة حول فيها للورثة الطعن في تصرفات مورثهم بسبب الجنون : —
١ — إذا كان إثبات الجنون واضحاً من نفس العمل المطعون فيه (مادة ٥٠٤) .

٢ — إذا كان العمل المراد الطعن فيه هبة أو وصية . هذا الحكم مستفاد من نص المادة ٩٠١ فرنسي التي تتشدد في الهبة والوصية فتستلزم كمال عقل الموصي أو الواهب وقت التصرف . ولهذا الاستثناء ما يبرره لأن التبرعات هي التصرفات

(١) كاييتان ج ١ ص ١٢٦ .

التي يخشى منها أن يستغل الغير ضعف عقل المتبرع ، وفيما يتعلق بالوصية لا يمكن للورثة الطعن فيها إلا بعد وفاة الموصى ^(١) .

٣ --- إذا كان طلب الحجر قدم للمحكمة ومات المطلوب الحجر عليه أثناء نظر الدعوى . وفي هذه الحالة لا يمكن توجيه أى لوم إلى الورثة ، إذ يكون طعنهم فوق كل مظنة .

ولكن ما رأى لو أن الورثة لم يطلبوا الحجر على مورثهم لأنهم كانوا قصرأ أو غائبين ، هل يستطيعون الطعن في التصرفات الصادرة من مورثهم لصدورها في وقت جنونه ؟ . يرى الفقه إزاء سكوت المادة ٥٠٤ عن مواجهة هذه الحالة عدم أحقية الورثة في ذلك ولو أنهم لم يكونوا مقصرين في طلب الحجر أثناء حياة مورثهم ^(٢) .

(الحالة الثانية) : المجنون المحجور عليه L'aliené interdit .

عددت المادة ٤٨٩ فرنسى أسباب الحجر وهى : Imbecilité والبلة والعته Demence والجنون Fureur . وقال تاريبل ^(٣) Tarrible فى الهيئة التشريعية إن واضعى القانون قصدوا بلفظ البلة ضعف العقل الناشئ عن تخلف الممتلكات الذهنية ، وقصدوا بالبلة والجنون فقدان العقل . وفرقوا بينهما بأن الثانى يصحبه هيجان دون الأول . ويلاحظ أن التفرقة بين العته والجنون عديمة الفائدة ولا تظهر إلا فيما يتعلق بتحديد الأشخاص الذين لهم حق طلب الحجر . فالنيابة العامة ليس لها طلب الحجر على المعتوه إلا إذا لم يكن له أقارب أو زوج . ولكن لها دائماً طلب الحجر على المجنون ولو كان له أقارب أو زوج إذا لم يطلبوا الحجر .

ولقد لاحظ الشراح الفرنسيون أن تقسيم الأمراض العقلية عديم الفائدة

(1) Gaz. Palais Civ, 4 Fevrier 1941.

(٢) كاييتان ج ١ ص ١٧٦ .

(3) PlanioI. t, I, P. 791:

من الناحية القانونية . فالمحكمة لا تدخل في اعتبارها إلا صلاحية الشخص الطبيعية لإدارة أمواله بنفسه ، فإذا رأت أن عقله قد لحقه الخلل ولم يعد يسمح بإدراك مدى أفعاله وجب على المحكمة أن تحكم بالحجر^(١) .

وللقاضي سلطة مطلقة في تقدير حالة الجنون دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض^(٢) .

طبيعة بطاوة تصرفات المحجور عليه :

بيننا فيما سبق أن التصرفات الصادرة من المجنون غير المحجور عليه وغير المحجوز في مستشفى لا يمكن إبطالها إلا إذا ثبتت حالة الجنون وقت التصرف ، ولا يغني عن ذلك إقامة الدليل على حالة الجنون ، لذلك كان الإثبات أمراً عسيراً وشاقاً .

ولقد أحسن المشرع الفرنسي صنفاً — شأنه في ذلك شأن المشرع المصري — إذ أقام من الحجر قرينة قانونية على انعدام الأهلية طوال فترة الحجر ، فيعتبر باطلاً *Nul de Droit* أى تصرف يبرمه المحجور عليه حتى ولو كان هذا التصرف صادراً في فترة إفاقته دون حاجة لإثبات التلازم بين الجنون والتصرف ، كما يعتبر باطلاً أيضاً أى تصرف يوجه من الغير إليه مثل إعلان الأحكام أو قطع التقادم .

نوع البطاوة: يجمع الفقه والقضاء الفرنسي على أن تصرفات المحجور عليه باطلة بطاواناسيبيا. فيلزم لإبطال تصرفاته من صدور حكم من القاضي بذلك، بناء على طلب القيم أو طلب المجنون بعد رفع الحجر عنه أو طلب ورثته بعد وفاته . ذلك أن

(1) Agen, 8 Mars 1926 D. 1927 2-67.

(2) Cass, 17 Janvier 1867, D, 76-1-151, S. 76-1-302.

(٣) بلانيول ج ١ ص ٨٠٢ .

المادة ٥٠٢ فرنسي تنص على أن تصرفات المحجور عليه باطلة قانوناً Nul de droit ولم تقل باطلة بقوة القانون Nul de Plein Droit . ولا يمكن لمن تعاقد مع المحجور عليه أن يتمسك بالبطلان ، كما لا يستطيع أيضاً أن يدفع بصحة التعاقد بحجة أن التصرف صدر من المحجور عليه في فترة إفاقة ، ذلك أن الحجر يقيم قرينة قانونية قاطعة على استمرار حالة الجنون ولا يمكن إثبات عكس هذه القرينة ^(١) .

(الحالة الثالثة) : المجنون المحجوز في مستشفى .

لاحظ المشرع الفرنسي أن كثيراً من الأسر تمتنع عن طلب الحجر على من يصاب من أفرادها بالجنون إما احتراماً لهم وخوفاً من ذبوع حالتهم لدى السكافة بسبب علانية إجراءات الحجر ، وإما إشفاقاً عليهم مما قد يسببه لهم سؤالهم بواسطة المحكمة من خرج قد يزيد في وطأة مرضهم . لذلك أجاز القانون الصادر في ٢٣ يونيو سنة ١٨٣٨ وضع المجانين في مستعمرات أو مصحات تديرها الإدارة أو تخضع لإشرافها .

وهذا الاجراء علاوة على أنه اجراء وقائي ضد الأعمال الخطرة التي قد تصدر من المجنون فتضره أو تضر غيره ، فهو أيضاً اجراء علاجي مفيد من الناحية الصحية ، و بمقتضاه تترتب الآثار المترتبة على الحجر . وقد نصت على ذلك المادة ٣٩ من القانون السالف الذكر فقالت « التصرفات الصادرة من مجنون موضوع في الحل المخصص للمجانين في الوقت الذي كان محجوزاً فيه يمكن الطعن فيها بالبطلان بسبب الجنون طبقاً للمادة ١٣٠٤ من القانون المدني » . يقيم هذا القانون من الحجر في مستشفى مخصص للمجانين قرينة قوية على انعدام القوى

العقلية في فترة الحجز الأمر الذي يترتب عليه إمكان الطعن في التصرفات الصادرة منه في هذه الفترة دون حاجة لاثبات التلازم بين جنونه والتصرف الصادر منه .

ويتفق المحجور عليه والمجنون الموضوع في مستشفى من حيث أن كلا منهما يعتبر عديم الأهلية . ولكنهما يختلفان من حيث أن قرينة الجنون الناتجة عن الوضع في مستشفى ليست مطلقة كما هو الحال في الحجز ، بل هي قرينة نسبية متروكة تطبيقها لفطنة القاضي . وهذا الفرق ظاهر من كلمة Purront الواردة في المادة ٣٩ من قانون سنة ١٩٣٨ . وعلى ذلك يستطيع القاضي هنا أن يرفض البطلان لأي سبب يراه كما إذا كان الغير حسن النية أو كما لو كان التصرف قد صدر في فترة إفاقة^(١) .

المبحث الرابع

في القانون المصرى

فرق الفقهاء المصريون بين الجنون والعتة من حيث أن الأول يصحبه هيجان والثانى يلزمه الهدوء ، أخذوا بالرأى الراجح فى الشريعة الإسلامية . وقالوا إن المعتوه قد يكون مميزاً فيعتبر ناقص أهلية الأداء ويلحق بالصبي المميز ، وقد يكون غير مميز فيكون عديم أهلية ويلحق بالصبي غير المميز^(١) .

ولقد أخذت المحاكم المصرية بهذا التقسيم فبعضها ألحق المعتوه بذى العقلة والبعض الآخر ألحقه بالمجنون تبعاً لما إذا كان تمييزه ناقصاً أو منعماً .

إلا أن القانون المدنى الجديد ألحق تصرفات المعتوه بتصرفات المجنون إذا صدرت منه بعد تسجيل قرار الحجر أو صدرت قبل ذلك وكانت حالة الجنون أو العتة شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها (م ١١٤ مدنى) فهل معنى ذلك أن جميع تصرفات المعتوه تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً سواء كان مميزاً أو غير مميز ؟ .

يرى بعض الشراح أن تصرفات المعتوه تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً إذا صدرت بعد تسجيل قرار الحجر سواء كان المعتوه مميزاً أو غير مميز وسواء كان التصرف ضاراً أو نافعاً أو دائراً بين النفع والضرر . أما للتصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فيفرقون فيها بين المعتوه المميز وغير المميز . ففي الحالة الأولى يكون تصرفه كتصرف الصبي المميز وفى الحالة الثانية يكون تصرفه كتصرف الصبي غير المميز والمجنون^(٢) .

(١) السهورى ، الوسيط ، ص ٢٨٠ .

(٢) سليمان مرقص ، المدخل للعلوم القانونية ، ص ٣٩٥ .

ولكننا نرى أن هذا الرأي غير سليم . ذلك أن المادة ١١٤ مدني صريحة في إلحاق تصرفات المعتوه بتصرفات المجنون سواء كانت هذه التصرفات صادرة بعد تسجيل قرار الحجر أو قبل تسجيل قرار الحجر ، ونرى أن تصرفات المعتوه تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً حتى ولو كانت صادرة قبل تسجيل قرار الحجر دون تفرقة بين معتوه مميز أو غير مميز ، لأن لفظ « المعتوه » الوارد في الفقرة الأولى من المادة ١١٤ مدني ولفظ « العته » الوارد في الفقرة الثانية من نفس المادة ورداً بصيغة العموم ، والعام يؤخذ على عموم ما دام لم يقم دليل على تخصيصه .

ولا محل للتفرقة بين المعتوه المميز وغير المميز إلا في الأحوال الآتية : —

١ — إذا لم يصدر قرار بالحجر . ذلك أن المادة ١١٤ مدني لم تلحق المعتوه بالمجنون إلا في حالة صدور قرار بالحجر سواء كان تصرفه بعد تسجيل قرار الحجر أو قبل تسجيله .

٢ — إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ولم تكن حالة العته شائعة وقت التعاقد أو لم يكن الطرف الآخر على بينة منها . ويتضح ذلك من المفهوم المخالف للفقرة الثانية من المادة ١١٤ التي لم تلحق تصرفات المعتوه بتصرفات المجنون الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر إلا في هاتين الحالتين .

٣ — في التصرفات غير المالية سواء صدر قرار بالحجر أو لم يصدر . وتطبيقاً لذلك حكمت المحاكم الشرعية بأن المعتوه لو باشر عقد مقايضة وهو تصرف دائر بين النفع والضرر ولم يردّه وليه كان ذلك إجازة منه ^(١) .

٤ — في المسؤولية عن الأعمال غير المشروعة ، وذلك طبقاً للمادة ١٦٤ التي تستلزم لمسؤولية الشخص عن هذه الأعمال أن يكون مميزاً .

(١) إنبابه الشرعية المجامة الشرعية س ١٠٠ عدد ٣ ص ٢٠٤ .

الحجر على المجنون والمعتوه

نصت المادة ١١٣ من القانون المدني الجديد على أن المجنون والمعتوه تحجر عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقا للقواعد والاجراءات المقررة في القانون . ورغم أن القانونين المصري والفرنسي ينصان على أن الحجر يكون على البالغ سن الرشد ، إلا أننا نرى أنه ليس هناك ثمة ما يمنع من الحجر قبل هذه السن ، ذلك أن الصبي المميز قديمتع بأهلية الإدارة في سن معينة ، فبالحجر عليه للمجنون أو العته تعتبر أعماله باطلة لانعدام أهليته بصفة كلية . أضف إلى ذلك أن القاصر يستطيع بصفة عامة أن يحجز الأعمال الصادرة منه في فترة القصر بعد بلوغه سن الرشد . أما إذا حجر عليه لجنون أو عته فلا تلحق أعماله الإجازة حتى ولو بعد رفع الحجر عنه . لذلك حكم بأنه إذا كان الأصل الذى بنى عليه الحجر هو أنه إجراء قصد به من بلغ سن الرشد فإنه يجوز استثناء من هذه القاعدة الحجر على القاصر ولا سيما بسبب الجنون ^(١) .

الشروط الواجب توفرها للحجر بسبب الجنون أو العته :

أولاً : — يجب أن يكون هناك اختلال أو اضطراب في العقل . لذلك لو أصيب الشخص بمرض عقلي لم يختل به عقله ، وإنما ترتب عليه شذوذ في شخصيته أو أخلاقه فلا محل للحجر عليه . وتطبيقاً لذلك حكم بأن التقتير الشديد ولو أنه ناشئ من مرض عقلي إلا أنه لا يؤدي إلى توقيع الحجر مادام لا يؤثر في التصرفات

(١) كاييتان ج ١ رقم ٥٧٦ وجوسران ج ١ رقم ٥٤٣ ولوران ج ٥ رقم ٢٥٢ . ومجلة

Le droit في ٤ فبراير سنة ١٩١١ . 63-5-218 . D; 22 décembre 1862 - Bourgés

ولا يعجز عن إدارة الأملاك على مقتضى العقل . « فإذا تبين أن التقدير هو خلة وعيب خلقى معروف من زمن طويل ولم يطرأ عليه بسبب المرض وأن الشخص المطلوب الحجر عليه وقف أملاكه للذكور مع حرمان الإناث ، فإن ذلك لا يعتبر دليلاً على أنه فى حالة جنون أو عته لأن هذا التصرف حق شرعى يصدر مثله من عقلاء لم يطعن فى أهليتهم ، خصوصاً إذا ثبت أنه ليس مصاباً بعته أو غفلة أو جنون ولا بمرض البارانونيا من أى نوع كانت ولا بأى مرض عقلى وأنه أهل للتصرف والإدارة »^(١). كما حكم أيضاً بأن « الشذوذ فى الشخصية الناتج من مؤثر نفسانى على السلوك فيضيق الشخص على نفسه وعلى عائلته لدرجة الحرمان . ويستهن بكرامته مما يؤثر فى طريقة إدارة الأملاك . والمرضى العقلى من نوع البارانونيا الأخلاقية الرجوعية يعبر عن النواحي الخلقية العقلية ، ومن مظاهر هذا المرض الشح الشديد على العائلة والنفس لدرجة الحرمان والاستهانة بالكرامة الذى يؤثر عليه فى إدارة أملاكه ويعرضه للفشل المتكرر فى أعماله ويحمله خسائر مادية ولو أنه غير مصاب بعته أو غفلة إلا أن الإصابة بالمرض العقلى الذى لا يؤثر فى الأخلاق والتصرفات ليست سبباً للحجر »^(٢).

وإليك بعض الحالات التى قررت فيها المحاكم امتناع الحجر لعدم وجود اختلال أو اضطراب فى العقل .

(١) الشيخوخة : مجرد الشيخوخة لا يؤثر فى العقل ، لذلك لا تعتبر سبباً للحجر حتى ولو أثرت فى قدرة الشخص على المشى أو صاحبها ضعف فى حاستى السمع والبصر . لذلك حكم بأن الشيخوخة والأمراض التى تلازمها فى حد ذاتها ليست أسباباً كافية لتوقيع الحجر على الشخص ، إلا إذا نتج عنها اختلال

(١) حسبي عال ١٩٤١/٣/٢٩ .

(٢) حسبي مصر وتأيد استئنافاً فى (١٩٤١/٣/٢٩) .

في القوى العقلية تجعل الشخص غير كفء لإدارة أعماله بنفسه . (١)

(ب) ضعف الذاكرة : ضعف الذاكرة أو النسيان هو عدم القدرة على استحضار الشيء في وقت الحاجة إليه . وهو لا يعتبر قانوناً عارضاً من عوارض الأهلية . لذلك حكم بأن ضعف الذاكرة لا يجعل الشخص معتموها يستحق الحجر (٢) . أما فقدان الذاكرة ، وهو حالة تفصل بين الإنسان وبين حياته الماضية فلا يتذكر منها شيئاً ، فإنه يعتبر نوعاً من أنواع الجنون يستوجب الحجر لأن الشخص لا يذكر اليوم ما فعله بالأمس ، الأمر الذي يترتب عليه الإضرار بماله ، إذ قد يوفى اليوم ديناً وفاه بالأمس ، وقد يؤجر أطيانه اليوم مع أنه سبق أن أجرها ، ولا يتذكر ذلك فيؤجرها ثانية وثالثة ، الأمر الذي يترتب عليه الإضرار بالغير .

(ج) الشلل : مجرد إصابة الشخص بالشلل لا يكفي للحجر عليه إذا ثبت أنه حائز لقواه العقلية ، إذ في إمكانه أن يعين وكيله عنه في مباشرة شؤنه . (٣)

(د) ضعف البنية والعاهات الجسمية : مجرد ضعف البنية ليس سبباً كافياً للحجر ما دام الشخص حافظاً لقواه العقلية . إلا أن الضعف الكبير في الصحة قد يؤثر في العقل فيصيح الشخص غير قابل لإدارة أمواله ، لذلك يجب الحجر عليه في هذه الحالة . وتطبيقاً لذلك حكم بأنه إذا أصبحت حالة الشخص على غير ما يرام بأن كانت خطواته ثقيلة جداً وكان لا يقدر على الخروج والاستمرار فيه إلا إذا سنده شخص آخر ، وإذا أصبح كلامه ثقيلًا يتلعثم في بعض الأحيان وأصبحت سلسلة أفكاره غير متصلة فإنه يجب حمايته من نفسه ولو رغما عنه .

(١) حسي عال ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ رقم ٢٦١ من ٣٤٢ محاماة ، السنة الثالثة . وحسي عال ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ رقم ٢٦٤ من ٣٤٣ محاماة السنة الثالثة . وحسي عال ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٢ رقم ٨١ من ١٣١ السنة الثالثة . حسي مديرية المنيا ٢٥ يوليو سنة ١٩٢٦ رقم ٣٣٠ من ٤٧٦ محاماة السنة السابعة . وبودري ولاكتري بند ٨٠١ . ودالوز برايتك مادة حجر نبذة ٩ ج ٧ .

(٢) حسي عال ٦ يناير سنة ١٩٢٤ رقم ٣٣٨ — من ٤٣٩ — المنة الرابعة محاماة .

(٣) حسي عال ٢١ يونيو سنة ١٩٢٥ محاماة السنة الرابعة رقم ١١ من ١٨ .

كما حكم بأنه «إذا كان الإنسان في غاية السلامة من عقله وكل ما في الأمر أنه أبكم أصم ، فلا يصح أن يكون ذلك سبباً في الحجر عليه ، لأن هذه العاهة لا تمنع صاحبها السليم العقل من التصرف في ملكه بما يشاء ما دام مثل هذا جارياً به العرف ولا ياباه العقل والشرع^(١) » .

ولقد أخذ القانون المدني الجديد بنظام المساعدة القضائية في حالة المصاب بعاهتين كالأصم الأبكم والأعمى إذا عجز عن التعبير عن إرادته . كما أخذ بهذا النظام أيضاً قانون الولاية على المال ، فأجاز للقاضي أن يعين مساعداً قضائياً لضعيف البنية إذا عجز عن إدارة أمواله (مادة ٧٠ من قانون الولاية على المال) .

(ثانياً) يجب أن يكون اضطراب العقل أو اختلاله جسيماً *tres grave* . فإذا كان ضعف العقل ليس جسيماً فإن الحجر يكون للغفلة لا للمجنون أو العته .
(ثالثاً) يجب أن يكون اضطراب العقل أو اختلاله قد أصبح أمراً عادياً لدى الشخص *L'état habituel* . لذلك حكم بأنه لا محل للحجر عند طرؤه خلل وقتي على العقل نتيجة لتعاطي المخدرات أو السكر^(٢) . ولكن ليس من الضروري أن تكون حالة الجنون مستمرة *Continuel* ، لذلك يجوز الحجر على المجنون حتى ولو كان جنونه متقطعاً .

(٢) حسبي عال ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٩ محاماة سنة ١٠ رقم ١٣٠ ص ١٧٧ .

(٢) حسبي عال ٢٦ / ١ / ١٩١٦ شرائع س ٣ عدد ١٢٤ صفحة ٣٨٧ .

تصرفات المجنون أو المعتوه المحجور عليه

فرق القانون المصرى بين التصرفات الصادرة من المجنون أو المعتوه بعد الحجر وبين التصرفات الصادرة منه قبل الحجر .

أولاً : التصرفات الصادرة بعد الحجر

نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٤ مدنى على أنه « يقع باطلا تصرف المجنون أو المعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر » . من هذا النص يبين لنا أن أى تصرف يبشره المجنون أو المعتوه بعد تسجيل قرار الحجر يكون باطلا بطلانا مطلقاً دون حاجة لإثبات التلازم بين الجنون والتصرف ودون حاجة لإثبات شيوع الجنون أو العته ، ودون تفرقة بين ما إذا كان العته يذهب بالتمييز أو لا يذهب به ، بل يكفى لذلك إثبات صدور التصرف بعد تسجيل قرار الحجر وكفى . فقرار الحجر يقيم قرينة قانونية على انعدام أهلية المجنون أو المعتوه ، وتسجيله يقيم قرينة قانونية على علم الغير بذلك . وعلى هذا الأساس يتبدل انعدام الأهلية الطبيعى القائم على انعدام التمييز بانعدام قانونى قائم على قرار الحجر . ولكن هل هذه القرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها أم أنها غير قاطعة ، فيجوز لمضى صحة التصرف أن يهدمها بإثبات صدور التصرف من المحجور عليه فى فترة إفاقته ؟ . قال معظم الشراح ^(١) بالرأى الأول وقال بعضهم بالرأى الثانى ^(٢) . ونحن نرجح الرأى الأول ، ذلك أنه إذا أمكن إثبات صدور التصرف فى فترة التمييز ، أعنى إذا أمكن إثبات الأهلية الطبيعية فإن ذلك لن يقيدها شيئاً لانعدام الأهلية القانونية بناء على قرار الحجر ، ومسائل الأهلية من النظام العام ، فلا يجوز إثبات أهلية من قرر القانون أنه عديمها .

(١) وديع فرج ، الالتزامات ، ص ٧٣ . وشفيق شحاتة ، النظرية العامة للحق ، ص ٨٥ .

(٢) عرفه فى تعليقه على المادة ١١٤ من التقنين المدنى الجديد .

التصرفات التي يسميها المحجر: يرى الفقه والقضاء في فرنسا أن الحجر يشمل جميع التصرفات سواء كانت تصرفات مالية كالبيع والجاراة أو تصرفات شخصية كالزواج والطلاق ، وحجتهم في ذلك أن المادة ٥٠٢ مدني فرنسي لم تفرق بين تصرف وآخر ، إذ وردت عبارتها عامة تشمل جميع التصرفات .^(١)

وهذا القول يتفق مع منطق قانونهم المدني الذي يشمل المعاملات المالية والأحوال الشخصية . أما عندنا في مصر ، حيث يقتصر قانوننا المدني على المعاملات المالية ، يجب القول بأن انعدام الأهلية الناشئ عن قرار الحجر لا يسرى إلا على التصرفات المالية دون غيرها . وعلى هذا الأساس نقول بصحة التصرفات الشخصية كالزواج والطلاق والإقرار بالنسب متى صدرت من الجنون أو المعتوه في فترة إفاقته ، محجوراً عليه أو غير محجور عليه ، عملاً بقواعد الشريعة الإسلامية .

هل يسأل الجنون أو المعتوه المحجور عليه عن أعماله المادية

يرى بعض الشراح^(٢) أن قرار الحجر للجنون أو العته يقيم قرينة قانونية قاطعة على انعدام التمييز ، ومن ثم لا يسأل الجنون أو المعتوه المحجور عليه عن أعماله غير المشروعة طبقاً للمادة ٢٦٤ مدني التي تقرر عدم مساءلة غير المميز عن هذه الأعمال إلا في الأحوال الاستثنائية المبينة فيها . ونحن لا نوافق على هذا الرأي للأسباب الآتية .

١ — لو فرض أن قرار الحجر يقيم قرينة قانونية على انعدام التمييز ، فهذه القرينة كما هو ظاهر من صريح المادة ١١٤ لا تشمل إلا التصرفات دون الأعمال المادية . وهذا تطبيق لقواعد الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن الحجر قاصر على الأقوال دون الأفعال .

(١) جوسران ج ١ ص ٣٠٠ بند ٥٤١ .

(٢) شفيق شحاتة ، النظرية العامة للحق ، ص ٨٤ .

٣ — إن انعدام مسئولية غير المميز في القانون المصري لا ترجع لانعدام أهليته وإنما ترجع لانعدام ركن من أركان المسئولية وهو الخطأ . فتمى ثبت انعدام التمييز وقت صدور العمل انعدمت المسئولية سواء كان من صدر منه هذا العمل كامل الأهلية كالسكران أو عديمها كالصبي غير المميز .

لهذا نرى أن المحجور عليه للجنون يسأل عن أعماله غير المشروعة متى ثبت أنها صدرت منه في وقت إفاقته كما يسأل عنها المحجور عليه للعتة إذا كان عنها لا يذهب بالتمييز . والقول بغير ذلك يؤدي إلى التناقض إذ يمكن مساءلة المحجور عليه عن أعماله جنائياً متى صدرت منه في وقت إفاقته ، وعدم مساءلته عنها مدنياً ، وهو قول غير مستساغ .

ثانياً : التصرفات السابقة على قرار الحجر :

قرار الحجر لا ينتج أثره إلا من يوم صدوره ، فلا ينعطف على الماضي . إلا أن القانون المصري قد سهل الأمر على مدعى بطلان التصرف السابق على قرار الحجر فحول له الطعن في هذا التصرف متى أثبت أنه قد تم في فترة كانت حالة الجنون أو العته معروفة للطرف الآخر إما حقيقة وإما حكماً بناء على شيوع هذه الحالة . ولكن ليس معنى ذلك أن أهلية المعتوه أو الجنون تنعدم قانوناً بأثر رجعي سابق على قرار الحجر ؛ وإنما يقتصر أثر القرار على تفسير إثبات الجنون أو العته بالنسبة للتصرفات السابقة عليه . ولقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة ١١٤ مدني بقولها « أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها » .

ولكن ما رأى بالنسبة للتصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر إذا لم تكن حالة الجنون معروفة للطرف الآخر وقت صدور التصرف ؟ . يرى معظم الشراح

وعلى رأسهم الدكتور السنهوري أن التصرف الصادر من الجنون أو المعتوه في هذه الحالة يعتبر صحيحاً أخذاً بنظرية الإرادة الظاهرة^(١) أو بنظرية الثقة^(٢)، لأنه إذا وثق الغير في تعبير الجنون أو المعتوه فإن التصرف لا يكون باطلاً تشريفاً لهذه الثقة . ولكننا لا نرى الأخذ بهذا الرأي لأنه من غير المسلم به أن القانون المصري قد أخذ بهاتين النظريتين في جميع الأحوال ، كما أن القرائن التي وضعها القانون في الفقرة الثانية هي قرائن خاصة بالإثبات لتيسيره وتسهيله . لذلك نرى أنه يمكن الطعن ببطالان التصرف إذ أمكن إثبات الجنون أو العته المعدم للتمييز في لحظة إبرام التصرف طبقاً للقواعد العامة التي تعتبر الإرادة ركناً من أركان التصرف القانوني ، ولو أن الإثبات في هذه الحالة أمر عسير .

تصرفات المجنون أو المعتوه غير المحجور عليه

لم ينظم القانون المصري أحكام تصرفات الجنون أو المعتوه إلا في حالة الحجر عليه . ومن ثم فإن تصرفات غير المحجور عليه تخضع للقواعد العامة .

أولاً : تصرفات المجنون

لا يعتبر المجنون غير المحجور عليه عديم الأهلية قانوناً ، لأن ذلك لا يتقرر إلا بالحجر عليه . ولكن ليس معنى ذلك أن تصرفاته تعتبر صحيحة ، إذ طبقاً للقواعد العامة في التصرفات يجب أن يصدر التصرف عن إرادة سليمة . فإذا انعدمت الإرادة كان التصرف باطلاً ، إنما يلزم إثبات الجنون لحظة إبرام التصرف ، ولا يكفي إثبات شيوعه في هذه اللحظة لأن القرينة التي نص عليها المشرع في الفقرة الثانية من المادة ١١٤ ، الخاصة بأن شيوع الجنون في فترة

(١) السنهوري ، الوسيط ، ص ٢٨٠ .

(٢) الشينى ، مجلة التمريض والقضاء ، ص ٧ س ١ .

التصرف دليل على أنه قد صدر في وقت الجنون ، هي أثر من آثار قرار الحجر والفرض هنا أنه لم يصدر قرار ما بالحجر .^(١)

فالعقد الصادر من مجنون باطل إذا كان مجنوناً وقت إبرام العقد^(٢) ، سواء كان من يتعاقد معه يعلم بمجنونه أو لا يعلم ، ومدعى البطلان هو الذى عليه إثبات التلازم بين الجنون والتصرف^(٣) . وقد يستخلص القاضى ذلك من التصرف ذاته أو من مجموعة ظروف أخرى قاطعة في إثبات الجنون^(٤) . ويجوز له أن يأذن في إثبات جنون شخص كان طرفاً في عقد ولو بعد وفاته^(٥) . ولكن لا يكفي وضع الشخص في مستشفى دليلاً على أنه كان مجنوناً وقت صدور العقد إذا ثبت أن هذا الشخص كان يفيق من جنونه من وقت إلى آخر^(٦) .

ثانياً — تصرفات المعتوه :

يرى معظم الشراح أن القانون المدنى الجديد قد ألحق المعتوه بالمجنون في جميع صوره وأحكامه دون تفرقة بين معتوه مميز ومعتوه غير مميز . ولكننا لا نوافق على هذا رأى ، ذلك أن القانون المدنى الجديد وقانون الولاية على المال لم يتعرضا للمعتوه أو للمجنون إلا في حالة صدور قرار بالحجر سواء صدر التصرف قبل القرار أو بعده . لذلك نرى العود إلى القواعد العامة في حالة عدم صدور قرار بالحجر فيكون التصرف باطلاً إذا ثبت أنه قد صدر من معتوه غير

(١) شفيق شعاعه ، النظرية العامة للحق ، ص ٨٥ .

(٢) محكمة الاستئناف الأهلية ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ حمالة ٢١ ص ٢٦٠ رقم ١٤٣ ،

محكمة الاستئناف المختلطة في ٦ أبريل سنة ١٨٩٩ م ص ١٨٦ .

(٣) إستئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٢٨ .

(٤) إستئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٣ .

(٥) إستئناف أهلى ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ مج ١٨ ص ٣٢ .

(٦) محكمة اسكندرية التجارية المختلطة في ٦ مايو سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٤٦ .

مميز. أما لو صدر من معتوه مميز فإن التصرف يكون قابلاً للإبطال إذا كان دائراً بين النفع والضرر ، وصحيحاً نافذاً إذا كان نافعاً نفعاً محضاً ، وباطلاً إذا كان ضاراً ضرراً محضاً .

قد يعترض على رأينا بأن المعتوه غير المحجور عليه لا يعتبر عديم الأهلية قانوناً ، ومن ثم فلا يجوز الطعن في تصرفاته إلا طبقاً للقواعد العامة في التصرفات . فإن كان غير مميز انعدم ركن من أركان التصرف ولذا يكون باطلاً . أما لو كان مميزاً فلا يمكن اعتباره ناقص الأهلية لأن العارض لا يتقرر إلا بموجب القانون والقانون المصري لم يتعرض للمعتوه المميز غير المحجور عليه ، كما لا يمكن إبطال تصرفاته على أساس عيوب الرضا ، ومن ثم يكون تصرفه صحيحاً . ولـسـكـنـنا نرد هذا الاعتراض بأن القانون المصري اعتبر العته من عوارض الأهلية وإنما تنظم الأحكام الخاصة بأحد نوعيه وهو العته مع التمييز ، لم يتعرض لها في حالة عدم صدور قرار بالحجر ، لذا يجب الرجوع إلى القواعد العامة في الشريعة الإسلامية التي استقى منها القانون المدني أحكام الأهلية وعوارضها ، وبذلك يمكن إلحاق تصرفات المعتوه المميز غير المحجور عليه بتصرفات الصبي المميز .^(١)

الباب الثاني

الأمور المؤثرة في الرشد

الفصل الأول

السفه

معنى السفه

السفه في اللغة لفظ مشترك بين عدة معان : فقد يراد به الخفة أو الضعف ، فيقال ثوب سفه أى خفيف وزمام سفه أى ضعيف . لذلك يطلق العرب على ضعاف العقول اسم السفهاء . من ذلك قول الشاعر :

نخاف أن تسفه أحلامنا ويجهل الدهر مع الحالم

وقد يستعمل السفه بمعنى الجهل . من ذلك ما روى عن عبدالله بن عمر أنه سأل الرسول صلى الله عليه وسلم قائلاً : إني أحب أن يكون رأسي دهيماً وقميصي غسيلة وشرائي نعلي جديداً ، أمن الكبر هو يا رسول الله ؟ . فقال له : لا ، إنما الكبر من سفه الحق أى من جهل الحق^(١) .

وقد يراد بالسفه الكفر ، من ذلك قوله عز وجل « وإذا قيل لهم آمنوا ، قالوا : أنؤمن كما آمن السفهاء ألا إنهم هم السفهاء » وقوله تعالى « سيقول السفهاء من الناس ما ولاهم عن قبلتهم التي كانوا عليها » .

وأخيراً قد يطلق السفه على البذاءة والسب باللسان .

والواقع أن المعنيين الآخرين (الكفر والبذاءة) يندرجان تحت الجهل لأن الكافر جاهل بشئون الدين ، والبذاءة لا تكاد تتفق إلا في جهال الناس .
والسفة في اصطلاح الأصوليين قاصر على الجهل في حفظ المال وتبذيره .
لذلك يعرفونه بأنه حالة تعتري الإنسان فتجعله غير قادر على إدارة أمواله والتصرف فيها للإسرافه وتبذيره .

ويرى الفقهاء الأحناف أن السفة يتحقق سواء كان التبذير فيما هو شر محض كدفع المال إلى المغنيين واللعاين وشراء الحمام الطيارة والديكة ونحوها بضمن غال والغبن الفاحش في التجارات من غير محمدة ، وسواء كان فيما هو خير محض كبناء المدارس والمستشفيات والمساجد . فالإسراف والإحسان مشروع ولكن الإسراف حرام كالإسراف في الطعام والشراب . ولقد قال تعالى « والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً »^(١) .

أما فقهاء الشافعية فيرون أن السفة لا يتحقق إلا إذا كان الإسراف في الحرمات . أما الإسراف فيما أحله الله كالإكثار من بناء المساجد والمستشفيات فلا يعد سفةً عندهم^(٢) .

والخلاف بين الشافعية والحنفية في هذه المسألة مرده اختلافهم في الحكمة من الحبحر على السفيه . إذ يرى الحنفية أن الحكمة من الحبحر هي المحافظة على أموال السفيه وعدم تضييعها ، والإسراف عموماً سواء في الخير أو الشر يؤدي إلى هذا الضياع . أما الشافعية فيرون أن الحبحر ما شرع إلا جزاء وعقوبة على الفاسق الذي يضيع أمواله في الحرمات ، ومن ثم فلا محل لتوقيع هذا الجزاء على من يضيع أمواله في المباحات .

(١) التبيين للزبيلى ج ٥ ص ١٩٢ ، والبحر ج ٨ ص ٩١ . وأنظر رد المحتار ج ٥ ص ١٤١ ، وكتاب الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري ج ٢ ص ٤٨٠ .
(٢) فتح العزيز للرافعي ج ١٠ ص ٢٨٤ بتذييل المجموع للإمام النووي .

المبحث الأول الحجر على السفينة

يتردد الفكر التشريعي بين نظريتين إحداهما لا ترى في السفنة شيئاً غير عادي . يستوجب الحجر ؛ إذ لا يعقل مجازاة شخص يدفعه كرمه المتزايد إلى الإسراف بإهدار أهليته في التصرفات ، لا سيما أن هذا الإسراف لن يضر بمصالح الدولة الاقتصادية ؛ فالأمر لن يتعدى مجرد انتقال الأموال من يد إلى يد . أضف إلى ذلك أن السفنة بطبيعته صعب التحديد مما يؤدي إلى اعتبار الحجر أمراً تحكيمياً . ولقد أخذ بهذه النظرية القانون الانجليزي^(١) .

بينما ترى النظرية الثانية أن السفنة حالة خطيرة تهدد المصالح الخاصة والعامة بأضرار بليغة . فالشخص بتبذيره أمواله يصبح عالة على أسرته وعلى المجتمع وتتحمل الدولة في النهاية نتائج تبديده ؛ لذلك يجب الحجر عليه والحيلولة بينه وبين ماله والتصرف فيه ، وتعين له المحكمة نائباً يباشر عنه هذا التصرف . ولقد أخذت بهذه النظرية معظم التشريعات الحديثة كالقانون المصري والألماني والإيطالي والسويسري .

أما القانون الفرنسي فلم يأخذ بأي من هاتين النظريتين ؛ فلا هو أطلق للسفينة الحبل على الغارب ، ولا هو أوجب الحجر عليه ، بل أخذ بنظام وسط إذا اكتفى بتعيين مساعد قضائي يعاون السفينة ويشد أزره في بعض التصرفات المالية (مادة ٥١٣ فرنسي) . وليس للمساعد صفة النيابة عن السفينة كما هو الحال في نظام الحجر .

(1) Hibbert's Leading Cases in Conflict of Laws. p.288

منع المال عن السفية والحجر عليه

في الشريعة الإسلامية

أولاً : عدم تسليم المال للسفيه

اتفق أئمة المسلمين على وجوب منع المال عن الشخص إذا بلغ سفياً .
ولكنهم اختلفوا في تحديد الوقت الذي يسلم إليه فيه ماله .

فيرى الجمهور أن السفية لا يسلم إليه ماله حتى يؤنس منه الرشد .
واستدلوا على ذلك بقوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم
منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ^(١) » . فالله عز وجل علق إيتاء المال على إيناس
الرشد ، فلا يجوز قبله لأن المعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط . والرشد في
نظرهم هو الصلاح في المال ، أو الصلاح في المال والدين كما ذهب إلى ذلك
معظم الشافعية .

الخلاصة هي أن دفع المال إلى الصبي موقوف على شرطين : بلوغه ثم
رشده . لذلك لا يدفع إليه ماله ولو بلغ ما لم يؤنس منه الرشد . قال الشعبي
« لا يدفع إلى اليتيم ماله وإن شمت ما لم يؤنس منه رشد » . وقال سعيد بن جبير « إن
الرجل ليأخذ بدحيته وما بلغ رشده » . وقال الضحاك « لا يعطى اليتيم وإن بلغ مائة
سنة حتى يعلم منه اصلاح ماله ^(٢) » .

وإذا بلغ الصبي رشيداً ثم صار سفياً فيمنع عنه ماله حتى يعود إليه رشده

(١) نزلت الآية في ثابت بن رفاعة وفي عمه ، ذلك أن رفاعة توفي وترك ابنه وهو صغير ،
فأتى عم ثابت إلى النبي صلى الله عليه وسلم : فقال إن ابن أخي يقيم في حجرى ، فما يحل لى من ماله
ومتى أدفع إليه ماله ؟ فأ نزل الله الآية . القرطبي ج ٥ ص ٣٠ .

(٢) القرطبي ج ٥ ص ٣٤ .

ويرى أبو حنيفة رضى الله عنه أنه لا يجوز منع المال عن السفه إلا بتوفر

شرطين :

١ — أن يتصل السفه بالبلوغ ، بأن يبلغ الصبي سفيها .

٢ — ألا تكون سنه قد تجاوزت خمسا وعشرين عاماً .

واستدل أبو حنيفة على رأيه بالحجج الآتية : —

١ — إن حرف الفاء الوارد في قوله تعالى « فإن آنستم منهم رشداً » ورد

للوصول والتعقيب ، بمعنى أن تعليق إيتاء المال بإيفاس الرشد قاصر على وقت البلوغ والفترة التي تلى البلوغ مباشرة . أما بعد ذلك فإيتاء المال غير معلق بأى شرط^(١) .

٢ — إذا اتصل السفه بالبلوغ فإنه يكون أثراً من آثار الصبا . والصبي

في أول أحوال البلوغ لا يقارقه السفه . وبقاء أثر الصبا كبقاء عينه فيما يتعلق

بمنع المأكل . لذلك يجب أن يؤتى السفه ماله إذا انتهى أثر الصبا ، وهو حتماً ينتهى

ببلوغه خمسا وعشرين عاماً لقوم أن يكون الشخص جداً . ذلك أنه يولد للمرء

من إثني عشر عاماً ونصف فيصير أباً ثم يولد لابنه كذلك فيصير جداً ، وليس

بعد الجدد منزلة^(٢) .

ويرتب أبو حنيفة على هذه الحجة أنه لو بلغ الشخص رشيداً ثم صار

سفيها فلا يمنع عنه ماله لأن السفه هنا ليس بأثر للصبا .

٣ — منع المال عن السفه إما أن يكون حكماً غير معقول ، إذ كيف يمنع

عنه ماله وهو مكلف بالعبادات مؤاخذاً بمخالفاته^(٣) . وإما أن يكون على سبيل

(١) كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام للإمام الزدوى ج ٤ ص ٣٧٠ .

(٢) حدد أبو حنيفة هذه السن على أساس أن أدنى مدة للبلوغ اثني عشر عاماً وأدنى

مدة للحمل ستة شهور . شرح العناية للهداية للباقرى بهامش كشف الرموز والأمرار لمولانا

قاضي زادة ج ٧ ص ٣١٦ .

(٣) أحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها ، ص ٦٦ .

التأديب والعقوبة . فإن كان على سبيل التأديب وجب إيتاء السفية ماله إذا بلغ سناً يتوهم أن يكون فيها جداً لا تقطع رجاء التأديب^(١) .

والأمر كذلك لو كان منع المال عنه عقوبة على تبهيزه لأن الشرط رشد نكرة فيتحقق بأدنى ما يطلق عليه اسم الرشد . وإذا بلغ السفية خمساً وعشرين عاماً لا بد أن يكون قد أصاب وعامن الرشد بطريق التجربة والامتحان . ولودخل المنع الثابت بطريق العقوبة شبهة بحصول الشرط من وجه ، وهو إصابه نوع من الرشد بالتجربة ، سقط المنع لأن العقوبة تسقط بالشبهة^(٢) .

نقمر : إن المعلوم يدور مع علته وجوداً وعدمًا . فالحجر على السفية ومنع المال عنه منوط بعله السفه ، ولا مدخل للسن في هذه العلية . أرايت لو بلغ الشخص خمساً وعشرين عاماً وكان مجنوناً هل يدفع له ماله لبلوغه هذه السن ؟ . أحد أمرين : إما أن نقول بالحجر على السفية فيمنع من مباشرة تصرفاته المالية ويمنع من تسلم ماله . وإما أن نقول بعدم جواز الحجر عليه فيبأشر كافة التصرفات ويسلم إليه ماله بمجرد بلوغه عاقلاً . والقول بغير ذلك يؤدي إلى التناقض لأن السفية يتلف بلسانه ما منع عن تسليمه بيده .

قال أبو حنيفة إنه لا تناقض بين منع المال عن السفية وإباحة التصرفات له لأنه يتلف ماله عادة بالصدقة والضيافات ، وهذه لا تتم إلا بالقبض .

ولكننا نرى مع ذلك أن التناقض ما زال قائماً بالنسبة للتصرفات التي تتم بدون قبض كالبيع بغبن فاحش . فكيف يباح له هذا التصرف بدون قيد ولا شرط وهو ضار به ، وكيف يمنع المال عنه مع نفاذ هذا التصرف ؟ . ثم متى فرق الله تعالى بين من يكون جداً ومن يكون أبا في أحكام ما لهما ؟ . أضف إلى ذلك أنه من الخطأ القول بأن الرشد المذكور في قوله تعالى « فإن آنستم

(١) التبيين للزيلعي ج ٥ ص ١٩٥ .

(٢) المبسوط ج ٤ ص ١٦٣ .

منهم رشداً » يقصد به أى ضرب من الرشد . ذلك أن الابتلاء المأمور به فى أول الآية هو الابتلاء فيما يتعلق بحفظ المال ورعايته ، لذلك وجب أن يكون المراد فإن آنستم منهم رشداً فى رعاية مصالح المال .

رأى الظاهرية : انتقد ابن حزم فى كتابه المحلى ^(١) رأى القائل بمنع تسليم المال لاسفوية انتقاداً شديداً ورد على القائلين به رداً قاسياً . فقال لقد وهم من فسر الرشد المذكور فى الآية بالكياسة فى حفظ المال ، إذ إن نصوص القرآن يفسر بعضها بعضاً . ولو رجعنا إلى الرشد المذكور فى الآية لتبين لنا جلياً استحالة تفسيره بحفظ المال ، إنما يمكن حمله على العقل والدين كما فى قوله تعالى « أولئك هم الراشدون » وقوله تعالى « لا إكراه فى الدين قد تبين الرشد من الغي فمن يكفر بالطاغوت ويؤمن بالله فقد استمسك بالعروة الوثقى » وقوله تعالى « ما أسرفرعون برشيد » . ومعلوم أن فرعون كان أشد الناس عناية بالمال . ولو كان الرشد هو الكياسة فى حفظ المال لكان اليهود أرشد من المسلمين — معاذ الله . ولقد روى عن منصور عن مجاهد فى تفسير الرشد الوارد فى قوله تعالى « فإن آنستم منهم رشداً » أنه قال : الرشد هو العقل ، لا يدفع إلى اليتيم ماله وإن شمت حتى يؤنس منه رشده .

ثانياً : الحجر على السفية

اختلف أئمة المسلمين فى الحجر على السفية . فأبو حنيفة رضى الله عنه يعارض فى ذلك بشدة . أما أصحابه وسائر الأئمة فيقولون بوجوبه .

مجمع مبنى الحجر

استدل جمهور المسلمين على وجوب الحجر على السفية بالأدلة الآتية : —

أولاً : القرآن

١ — قال الله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً » .
قال الجمهور إن المقصود بالسفيه في هذه الآية الجاهل بتدبير المال وحفظه .
واستنتجوا وجوب الحجز على السفهاء من وجهين : أحدهما ، منعهم من أموالهم .
وثانيهما ، إجازة تصرف الأولياء عليهم من أموالهم وشراء أقواتهم وكسوتهم . ذلك
أن الآية قالت « وارزقوهم فيها واكسوهم » ، وهذا معناه اتجروا في أموالهم حتى
تكون من الربح لا من صلب المال لئلا يأكله الإنفاق ، ولو قيل منها لكان
من نفس المال ^(١) .

ولقد وردت في كتب الفروع تفسيرات متعددة لاضافة الأموال إلى ضمير
الأولياء المخاطبين دون السفهاء . فقال الجلال ^(٢) « إن الأموال أضيفت إلى الأولياء
لأنها في أيديهم فيكون المقصود لا تؤتوا السفهاء أموالهم التي في أيديكم » .
وقال الرازي « إن الله سبحانه وتعالى أضاف الأموال إلى الأولياء ، لا لأنهم
ملكوها ، بل لأنهم ملكوا التصرف فيها ، ويكفي لحسن الإضافة أدنى سبب .
كما قال إنما حسنت هذه الإضافة إجراء للوحدة بالذات مجرى الوحدة بالشخص .
ونظيره قوله تعالى « فسلموا على أنفسكم » وقوله تعالى « ولا تقتلوا أنفسكم » .
فإن المراد لا يقتل بعضهم بعضاً ، إلا أنه عبر عن نوعهم بأنفسهم مبالغة في الزجر
عن القتل ، فكان قتلهم قتل أنفسهم . وهكذا هنا ، أنزل أموال السفهاء منزلة
أموال الأولياء للمبالغة في حملهم على المحافظة عليها » .

والواقع أن سبب إضافة الأموال إلى الأولياء ترجع إلى أنهم يضارون من
ضياعها ويستفيدون من المحافظة عليها . ففي حالة الضياع يجب على الولي أن

(١) راجع تفسير آيات الأحكام ، محمود السائس ، ص ٣٠ . وتفسير القرطبي ج ٥ ص ٢٩ .

(٢) شرح المنارج ٤ ، ص ٣٧٨ .

ينفق من مال نفسه على السفية . وفي حالة المحافظة عليها يستفيد الولي إذ يصيبه شيء منها بعد أن يرشد السفية .

٢ — قال الله تعالى « فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل » . دلت هذه الآية على أن السفية لا يستطيع أن يباشر بنفسه صيغة عقد المداينة ، بل يباشره بالنيابة عنه وليه ، وهذا يستلزم أن يكون محجوراً عليه ^(١) . قال الجمهور إن المقصود بالضعيف في الآية الصغير والمقصود بالسفيه الكبير البالغ ، ولا يمكن أن يكون المراد به الصغير لأن السفيه اسم ذم والقلم مرفوع عن الصغير ، فلا يمكن أن يلحقه الذم .

٣ — ورد كثير من الآيات تنهى عن التبذير . قال تعالى « ولا تبذر تبذيراً إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين » ، وقال تعالى « ولا تسرفوا إن الله لا يحب المسرفين » ، وقال أيضاً « ولا تجعل يدك مقلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوماً محسوراً » .

هذه الآيات تحرم الإسراف والتبذير . لذلك يجب على الإمام الحجة على المبذر أو المسرف ^(٢) .

ثانياً : الستة

ورد كثير من الأحاديث تحرم اتلاف المال . من ذلك ما روى عن المغيرة بن شعبه أن رسول الله نهى عن إضاعة المال . وما دام السفية يضيع ماله وجب الحجز عليه حتى نحفظه له .

(١) المبسوط ج ٢٤ ص ١٥٧ . والأم ج ٣ ص ١٩٤ .

(٢) الفرق بين الإسراف والتبذير هو أن الإسراف صرف الشيء فيما ينبغي زائداً على ما ينبغي ، أما التبذير فهو صرف الشيء فيما لا ينبغي . راجع كشف القناع للشيخ منصور الحنبل ج ٢ ص ٢٢٢ ، وابن عابدين في حاشيته المختار على رد المختار ج ٥ ص ٦٦٤ .

ومن ذلك أيضاً قول الرسول صلى الله عليه وسلم « كلوا واشربوا والبسوا وتصدقوا في غير إسراف ولا مخيلة »^(١).

ثالثاً : أفعال الصحابة وأقوالهم

١ — روى عن عبد الله بن لهيعة عن أبي الأسود محمد بن عبد الرحمن ابن نوفل عن عروة عن الزبير قال : كان عبد الله بن الزبير إذا نشأ منا ناشئ حبر عليه .

٢ — وروى الزهري عن عروة عن عائشة أنه بلغها أن الزبير لما علم أنها باعت بعض رباعها قال : لتنتهين وإلا حجرت عليها . فقالت رضي الله عنها : « لله على ألا أكلمه أبدا »^(٢).

استدل الجمهور بهذه الرواية على أن ابن الزبير وعائشة رأيا الحجر ، إلا أن عائشة رضي الله عنها أنكرت أن تكون هي من أهل الحجر نظراً لمكانتها من العلم والفتيا^(٣).

٣ — روى أن عبد الله بن جعفر كان يفتى ماله في الجهاد والضيافات حتى اشترى داراً للضيافة بمائة ألف درهم^(٤) ، فبلغ ذلك الإمام علياً كرم الله وجهه فقال « لأنبئن عثمان ولأسألنه أن يحجر عليه » . فذهب عبد الله بن جعفر إلى الزبير وأخبره بالأمر فقال ، له أشركني فيها ، فأشركه ، ثم جاء علي إلى عثمان وطلب منه أن يحجر على عبد الله فقال : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير .

(١) رواه النسائي وابن ماجه في سننهما وأخرجه أحمد في مسنده . راجع الجامع الصغير للسيوطي ج ٢ رقم ٦٤٠٢ . وانظر شرح العيني على البخاري ج ٢١ ص ٢٩٤ .
(٢) المبسوط ج ٢٤ ص ١٥٨ .
(٣) أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص ٢٨٢ . وراجع الجصاص ج ١ ص ٤٨٩ .
والبزدوي ج ٤ ص ٣٧٠ .

(٤) وفي رواية أخرى بستين ألف درهم . فقد روى عن هشام بن حسات عن ابن سيرين قال : قال عثمان لعلي ، ألا تأخذ علي يدي ابن أخيك — يعني عبد الله بن جعفر — والحجر عليه ؟ اشترى سبعة بستين ألفاً ما يسرنى لأنها لبنغلي (الحلى لابن حزم ج ٨ ص ٣٨٥)

استدل الجمهور بهذه الرواية على أن الصحابة ارتأوا الحجر ، إلا أن مشاركة الزبير لعبد الله بن جعفر — والزبير معروف بالكياسة — كانت سبباً في دفع الحجر عنه لعدم احتمال وقوع غبن في تصرفاته .

وعن طريق يزيد بن هرمز عن ابن عباس أنه كتب إلى نجدة بن عويمر قال « كتبت تسألني عن اليتيم متى ينقض يتمه ، فلعمرى إن الرجل لتنتب لحيته وإنه لضعيف الأخذ لنفسه ضعيف العطاء منها ، فإذا أخذ لنفسه من المصالح ما يأخذ الناس فقد ذهب عنه اليتيم ، وأنه لا ينقطع عن اليتيم يتم حتى يبلغ ويؤنس منه رشد . فإذا بلغ النكاح وأونس منه رشده دفع إليه ماله وانقضى يتمه ^(١) » .

رابعاً : القياس

لما كان الصغير يحجر عليه لتوهم التبذير فمن باب أولى يجب الحجر على كل من تحقق عنه هذا التبذير في الواقع . ولما كان الحجر لا يرتفع عن البالغ إلا إذا كان رشيداً ، وكذلك الصغير لا تدفع إليه أمواله متى بلغ غير رشيد ، فكذلك بالقياس يجب الحجر على الكبير متى ظهر منه سفه أو تبذير ويجب غل يده عن أمواله ^(٢) .

خامساً المصلحة :

قال الجمهور إن الحجر على السفه يحقق مصلحة خاصة ومصلحة عامة . فيمنع السفه من التصرف بحفاظ على أمواله ونمنعها من الضياع عن طريق التبذير حتى لا يعسر وبالا على الناس وعيالا عليهم يستحق النفقة في بيت المال ^(٣) .

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٩٥ .

(٢) الأم ج ٣ ص ١٩٤ . والمبسوط ج ٢٤ ص ١٥٨ . والمآذان ٩٨٢ ، ٩٨٤ من المجلة .

(٣) أحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها ، ص ٦٧ .

والحجر على الحجر لدفع الضرر عن العامة مشروع بالإجماع كما في الحجر على المفتي
الماجن والمتطب الجاهل والمكاري الفليس .

أضف إلى ذلك أن السفهه يظهر عادة بمظهر الثراء ويتزيى بزى الأغنياء
فيأتمنه الناس على أموالهم أو يقرضوها إياه معتمدين على هذا المظهر الخادع ثم يقضى
ثروته فتضيع عليهم حقوقهم^(١) .

ولقد ورد هذا المعنى فى التوضيح فجاء فيه « إن الحجر واجب حقاً للمسلمين
فإن السفهاء إن لم يحجروا أسرفوا فتركب عليهم الديون فتضيع أموال المسلمين
فى ذمتهم . مثل ذلك أن يشتري جارية بألف دينار ولا فليس له فيعتقها فى الحال
كما فعله واحد من ظرفاء طلبة العلم فى نجارى ، وقصته أنه دخل ذات يوم سوق
النفخاسين فعشق جارية بلغت فى الحسن غاية فعجز عن مكابدة شدائد هجرها
وكان من الفقر والمتربة بحيث لم يملك قوت يومه ، فاستعار من بعض خلانه
ثياباً نفيسة وبغلة لا يركبها إلا أعظم الملوك ، فلبس لباس التلبيس وركب البغلة
وشركاء درسه يمشون فى ركابه مطرقين حتى دخل السوق ، فظن التجار أنه
حاكم نجارى الملقب بمصدرجهان ، فجلس على تمرقة ودعا صاحب الجارية وسأوه
فاشترأها بألف دينار وأعتقها وتزوجها فى المجلس بحضرة العدول ، فرجع إلى منزله
ممتلئاً بهجة وسروراً ورد العوارى إلى أهلها . فلما جاء البائع لتقاضى الثمن لقي
المشتري وعرف فنونه فأخذ ينتف عثونه^(٢) » .

الرد على الجمهور ومنافستنا للجمهور :

أولاً : القرآن

١ — أما عن قوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » ، فقد قال

(١) التقرير والتحرير ج ٢ ص ٢٠٢ .

(٢) التوضيح على التلويح ج ١ ص ١٩٠ .

أبو حنيفة إنه لا دلالة في الآية على الحجر ، ذلك أن النهي الوارد فيها خاص فقط بمنع المال ، ولا محل لقياس الحجر على منع المال ، لأنه لو قيل إن المنع عقوبة فلا محل لإلحاق الحجر به ، إذ لا قياس في العقوبات ، ولو قيل إن المنع معلول بعلة النظر للسفيه ، فلا محل للقياس أيضاً لأن منع المال عن السفيه إبطال نعمة زائدة وهي اليد وإلحاق له بالفقراء . أما إثبات الحجر فسفيه إبطال لعبارته وإهدار لآدميته وإلحاق له بالبهائم ، وفي ذلك تفويت لنعمة أصلية ، لأن الإنسان يمتاز عن سائر الحيوان بالبيان ، فإن جاز إلحاق ضرر يسير به بتفويت النعمة الزائدة وإلحاقه بالفقراء فلا يجوز إلحاق الضرر العظيم به بتفويت النعمة الأصلية وإلحاقه بالبهائم من أجل النظر له^(١).

ويرى أهل الظاهر أن الآية لا دلالة فيها على منع المال أو الحجر بالنسبة للمبذر المسرف . فهم يرون أن الفقهاء أخطئوا في تفسير السفه بالإسراف والتبذير . وهذا الزعم الخاطئ استقر في النفوس ورسخ في الأذهان نتيجة ما تلقاه الخلف عن السلف دون بحث أو مناقشة ، ولو رجعوا إلى نصوص القرآن الأخرى وإلى كلام العرب لسخروا من أنفسهم لهذا التسليم الأعمى وتوجدوا أن السفه لا يتعدى أحد معان أربعة : —

١ — البذاءة والسب باللسان .

٢ — الكفر .

٣ — الجهل .

٤ — انعدام العقل وضعفه .

وجهور الفقهاء متفقون على عدم وجوب الحجر على بذىء اللسان والكافر والجاهل ، فلا يبقى إذن إلا أن نفسر السفه بانعدام العقل وضعفه . وبذلك يكون المقصود من الآية منع المال عن عديمي العقل وضعفائه . ويدل على ذلك ما رواه سالم

(١) كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام للإمام البزدوى ج ٤ ص ٣٧٠ .

الأفطس عن سعيد بن جبير أن المقصود بالسفهاء في الآية هم اليتامى . وما رواه اسماعيل بن خالد عن أبي مالك من أن المقصود هم الأولاد الصغار^(١).

ولقد قال ابن حزم في كتابه المحلى إن تفسير السفهاء بالمبذر ضرب بالظنون ، ولا يجوز أن يفسر كلام الله إلا بكلامه أو بكلام الرسول أو بالأدلة التي أقامها الشرع ، ونقدفسر جمع كبير من العلماء لفظ السفهاء بالنساء والعصبيان ، من هؤلاء الحكم والحسن ومعاوية بن قرة ومجاهد والضحاك . ويعلق على ذلك ابن حزم بقوله : « أما العصبيان فنعم وأما النساء فلا ، فلم يأت قرآن ولا سنة بأنهن سفهاء بل لقد ذكرهن الله تعالى مع الرجال في أعمال البر فقال : المتصدقين والمتصدقات »^(٢).

٢ — أما عن قوله تعالى « فإن كان الذى عليه الحق سقيها .. » فليس فيه دلالة على الحجر . ذلك أن صدر الآية أجاز صحة مداينة السفهاء كما يتضح ذلك من قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ، فإن كان الذى عليه الحق سقيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل » . والمقصود من الآية أنه لو كان الذى أبرم عقد المداينة جاهلاً باملاء الشروط فيجوز لولى الحق أن يمليه حتى يقربه السفهاء الذى عليه الحق . ولا يمكن أن يكون المراد ولى السفهاء ، إنما المراد ولى الدين لأنه لا يجوز لولى الحجر الإقرار عليه بالدين^(٣).

٣ — أما عن استدلال الجمهور بقوله تعالى « ولا تبذر تبذيراً » ، وقوله تعالى « ولا تسرفوا إن الله لا يحب المسرفين » فقد رد عليه أبو حنيفة بأنه لا دلالة في هاتين الآيتين على الحجر ، فالنهي عن التبذير والإسراف شئ ، والحجر

(١) راجع القرطبي ج ٥ ص ٢٨ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٩٠ . يقول العرب فى النساء سفاهة أو سقيها لأنهم الأكثر فى جمع فعيلة ، القرطبي ج ٥ ص ٢٨ .

(٣) الجصاص ج ١ ص ٢٨٧ . والتبيين للزيلعي ج ٥ ص ١٩٤ . والبدائع ج ٧ ص ١٧٠ .

على المبذر والمُسرف شيء آخر . فالإنسان منهى عن ترك أرضه لا يسقيها وعن ترك دوره لا يعمرها ولكن لا يحجر على من خالف هذا النهى . أضيف إلى ذلك أنه كيف يمكن الاستدلال بهاتين الآيتين على الحجر في التصرفات التي لا تبذير فيها كالبيع .

ونحن نرى أن السبب الذي أدى بالجمهور إلى الاستدلال على الحجر من هذه الآيات راجع إلى تفسيرهم الإسراف والتبذير بكثرة الإنفاق . وهذا غير صحيح ، لأن الآثار تدل على أنه المقصود بها هو الإنفاق فيما نهى الله عنه . فقد روى اسماعيل بن اسحق عن محمد بن كثير عن سليمان بن كثير عن حصين عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال « المبذر هو الذى ينفق فى غير حق » . وروى يحيى بن سعيد القطان عن سفیان الثوري عن ابن عبيد عن ابن مسعود فى قوله تعالى ، ولا تبذر تبذيرا ، قال « الإنفاق فيما نهى الله عنه » ^(٢) . من هذا نرى أن كل نفقة نهى الله عنها حتى ولو كانت ضئيلة تعد إسرافاً وتبذيراً ، وكل نفقة أباحها الله مهما كثرت لا تعد إسرافاً وتبذيراً طالما أنها أبت عن ظهر غنى .

ثانياً : السنة

استدل الجمهور على وجوب الحجر على السفية بالأحاديث التي وردت بالنهى عن إضاعة المال . ولقد بينا أن النهى شيء والحجر شيء آخر . أضيف إلى ذلك أن النهى وارد بخصوص إتلاف المال وصرفه فيما حرمه الله . أما صرفه فيما أحله الله من صدقة وهبة ومأكل ومشرب وملبس مهما كان ذلك كثيراً فإنه لا يعد إضاعة للمال . ودليل ذلك ما رواه محمد بن المثنى عن يعلى بن عبيد الطنافيسى عن محمد بن سوية عن سعيد بن جبير قال : سئل أبى عن إضاعة المال فقال : أن يرزقك الله تعالى مالا فتنفقه فيما حرم عليك » ^(٢) .

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٩٠ .

(٢) المرجع المذكور عليه فى الموضع المشار إليه .

من هذا نرى أن الأحاديث التي استند عليها الجمهور لا دلالة فيها على الحجر؛ بل بالعكس وردت أحاديث يفهم منها أن من لا يحسن استثمار ماله لا يمنع منه؛ من ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم « من كان له أرض فليزرعها أو فليزرعها أخاه فإن أبي فليمسك أرضه » .

ولقد استدل ابن حزم بهذا الحديث وبين ما وقع فيه الجمهور من تناقض فقال « كيف تمنعون الشخص من الصدقة حتى ولو كانت بدرهم لأنه لا يحسن تمييز ماله وكيف تطلقون له بعد ذلك الا يشمر ماله ، حتى ولو أضر بأرباب الحقوق قبله ؟ » ^(١) .

ثالثاً : أقوال الصحابة

قال الجمهور إن الصحابة أجمعوا على وجوب الحجر على السفیه . ولكن من أين أتوا بهذا الاجماع ؟ أليس عبد الله بن جعفر وعائشة رضی الله عنهما من الصحابة ، وهما قد أبيا الحجر ؟ .

ولقد رد عليهم أبو حنيفة بأنه يجوز أن يكون المراد من الحجر الذي ارتآه على عثمان هو منع المال ، فمن المحتمل أن يكون سن عبد الله بن جعفر وقت طلب الحجر عليه أقل من خمس وعشرين عاماً .

قد يقال إن عائشة لم تسوغ الاجتهاد عليها فحسب ، وبذلك لم تنكر الحجر مطلقاً ، ولكن يرد على ذلك بأنها أظهرت النكير في الحجر إطلاقاً لقولها « لله على ألا أكله أبداً » ^(٢) ولو كان الحجر حكماً شرعياً لما استجازت هذا

(١) المرجع السابق ص ٢٩١ .

(٢) الجصاص ج ١ ص ٤٨٩ .

الحلف من نفسها على قول عثمان فيما هو حكم شرعى^(١) ثم كيف ينسب السفه إلى عائشة وهى من الصحابة ، والمبذرون إخوان الشياطين ؟ .

وإذا كان التبذير يوجب الحجر فلماذا سكنت عمر بن الخطاب عن الحجر على صهيب ؟ . إذ قد روى عن زيد بن أسلم أنه سمع عمر بن الخطاب يقول لصهيب « ما فيك شيء أعيبه عليك إلا ثلاث خصال ولولا هن ما قدمت عليك أحداً : فقال له صهيب : ما هن فإنك طعان ؟ فقال عمر : أراك تبذر مالك وتسكتنى باسم نبي وتفتسب عربياً ولسانك أعجمى . فقال له صهيب : أما تبذيرى مالى فما أنفقه إلا فى حقه . أما فى اكتنائى فإن الرسول كئنانى بأبى يحيى أفأتركها لقولك ؟ . وأما انتسابى إلى العرب فإن الروم سبقنى وأنا صغير فأبى لا أذكر أهل أبياتى ولو انفلقت عنى روثة لا نتسبت إليها » . فهذا عمر من كبار الصحابة يرى فعل صهيب تبذيراً ومع ذلك لم يحجر عليه^(٢) .

ولو فرض أن بعض الصحابة رأى الحجر على المبذر فإن قولهم لا يكون حجة ملزمة لنا ، إذ أن رأى الصحابى لا يكون كذلك إلا فيما لا يدركه العقل أو فيما لا يعرف له مخالف فيه . أما ما صدر عن اجتهاده ، وما لم تتفق عليه كلمة الصحابة ، فلا يعتبر دليلاً ملزماً^(٣) .

رابعاً : القياس

قالوا إن علة الحجر على الصبي هى توهم التبذير ، وهذه العلة أكثر توفراً فى السفه . ولقد رد على ذلك أبو حنيفة بأن علة الحجر على الصبي هى العجز بسبب الصبا ، وهذا العجز غير متوفر فى السفه ، ومن ثم فلا محل للقياس .

(١) المبسوط ج ٢٤ ص ١٦٢ .

(٢) راجع المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٩٧ .

(٣) أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص ٢٨٢ . خلاف ، أصول الفقه ، ص ١٠٤ .

خامساً : المصلحة

قالوا إن الحجر على السفية يحقق مصالح خاصة وعامة . ولقد انتقد الأستاذ محمد أبو زهرة هذا الزعم الباطل في عبارة غاية في القوة آثرنا أن نقلها لدقتها وهالك نصها « إن الشخص ببلوغه عاقلاً سفيهاً أو غير سفيه قد بلغ حد الإنسانية المستقلة والشخصية المنفردة بشئونها ، فأى منع له من التصرف أذى لإنسانيته وإهدار لآدميته ، فمن الكرامة التي يستحقها الإنسان بمقتضى كونه إنساناً أن يكون مستقلاً في أمواله وإدارتها ، ينال الخير من تصرفاته الحسنة ويتحمل مغبة التصرفات السيئة ، وبالكبوة والنهوض ، والعثرة والوقوف تصقل نفسه ، ويستفيد تجربة واختباراً ، ولا يصح لأحد أن يقول إن من مصلحته الحجر عليه . فإن الحجر في ذاته أذى لا يعمله أذى للحجر الكريم ؛ إذ لا شيء ألم للنفس والروح من إهدار الأقوال وتقريب الإنسان من مرتبة البهائم التي تنفق بمالا تعقل ، فلتهرب كل أمواله إسرافاً وبداراً ولكن لتبقى له نفسه ، ولتبقى له آدميته فالمال غادر رائح ، وأما جروح النفس فليس لها الثمائم . ولقد عهدنا من الشارع الإسلامى أن يحترم الكرامة الإنسانية ، فإله يقول « ولقد كرمنا بنى آدم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات » . ولا يصح أيضاً لأحد أن يقول إن مصلحة الجماعة فى الحجر على سفيهاً فى الأموال ، لأن مصلحة الجماعة أن تنتقل الأموال إلى الأيدى التى تحسن استغلالها بدلاً من أن تبقى أسنة فى أيدى من لا يحسنون القيام عليها »^(١).

مما سبق يتبين لنا أن رأى القائل بالحجر على الحر العاقل لا سند له فى نصوص القرآن أو السنة ولا دليل عليه من الأدلة التى أقامها الشارع لمعرفة أحكامه .

ولقد سخر ابن حزم رحمة الله عليه من القائلين بهذا الرأي وبين ما وقعوا فيه من تناقض واتهمهم بمخالفة نصوص القرآن فقال « متى تحجرون على المرء ؟ أبأول مرة يغبن فيها في البيع أم بأن يغبن مرة بعد مرة ؟ فإن قالوا : بأول مرة قلنا : فما على الأرض أحد إلا وهو عندكم مستحق للحجر عليه إذ لا سبيل أن يوجد أحد يبيع ويشترى إلا وهو يغبن ، وإن قالوا للمرة بعد المرة قلنا : حددوا لنا العدد . فإن حددوه كفوا بالبرهان وكانوا قد زادوا تحكما في دين الله ، وإن لم يحدوا في ذلك حدا كانوا قد أقروا بأنهم لا يدرون متى يلزمهم الحكم بما به يحكمون ولا متى يلزمهم وأنهم يحكمون بالجهالات والعمى . وكذلك تسألهم متى يحجرون عليه ، إذا غبن بما يزيد على ما يتغابن الناس به بمثله أم إذا غبن بالكثير ؟ . فإذا قالوا بالأول لاستحق جميع الناس الحجر عندهم ، وإذا قالوا بالثاني فما هو مقدار الغبن ؟ . فإن لم يحدوه فيكونوا قد أظهروا عجزهم ، وإن حدوه فليأتوا لنا بدليل على هذا التحديد . قالوا إن المحجور عليه لا يكفر في ظهاره ولا في وطنه في رمضان ولا في قتله خطأ إلا بالصيام وإن كان غنيا ، لعمرى أليس في هذا مخالفة صريحة لنصوص القرآن » .^(١)

مجمع نفاة الحجر

قال أبو حنيفة بعدم جواز الحجر على السفهه واستدل على ذلك بما يأتي .^(٢)
أولا — لقد أمر الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود والعهود ونذب إلى أعمال البر والتطوع والصدقة . من ذلك قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »

(١) المجلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٩٤ .

(٢) المبسوط ج ٢٤ ص ١٥٩ ، والمبسطة نظرية العقد ص ٢٧٩ ، والبدائع ج ٧

ص ٣٧٠ والأهلية وعواضها للشيخ أحمد إبراهيم رحمة الله عليه ص ٣٩ والبرذوى ج ٤ ص ٣٧٠ وما بعدها .

«وقوله تعالى « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » . وقوله في الحز على البر « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون » وقوله « ما سلككم في سقر قالوا : لم نك من المصلين ولم نك نطعم المسكين » ومنه أيضا قوله تعالى « جاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله » . وقال الرسول صلى الله عليه وسلم « اتقوا النار ولو بشق تمرة » .

الخطاب في هذه النصوص عام يشمل جميع المكلفين . والمكلف هو كل شخص عاقل يفهم دليل التكليف . ولا يجوز إخراج بعض المكلفين من هذه النصوص دون دليل على هذا التخصيص وإلا كان ذلك مخالفة صريحة لنصوص القرآن وحضا على عدم الوفاء بالعقود مما يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل . ثم كيف نهدر أهلية المرء ونبطل صدقته وإنفاقه حتى ولو كان أغنى الأغنياء بحجة أنه مسرف ، ونحول بينه وبين سلوك الطريق الذي يؤدي به إلى الجنة ، وبعد ذلك نحافظ على أهلية من يقامر ويشرب الخمر . أليس في هذا تناقض لا يقبله الشرع ولا يستسيغه العقل .

ثانيا — استدل أبو حنيفة بآيات الكفارات من ظهار أو قتل خطأ أو غيره ^(١) . فكل عاقل صدر منه السبب الموجب للكفارة لزم أن يكفر على الفحو الذي أمر به الله تعالى ولا يمتنع نفاذ هذا الحكم إلا لما منع ، ولم يقل أحد إن السفه مانع من توجه الخطاب على المرء بحقوق الشرع . فإذا أردنا أن نسد عليه التصرف في أمواله ونحجر عليه في معاملاته مع الناس محافظة على هذه الأموال فأمامه باب آخر يستطيع أن يتسفه به بارتكاب الأسباب الموجبة للكفارة فيتمكن من إتلاف ماله بهذا الطريق . ولا يمكن أن نحول بينه وبين الكفارة لأنه مكلف بحقوق الشرع ويتحمل العقاب بتركه إياها .

(١) المبسوط ج ٢٤ ص ٢٥٩ وما بعدها . والبدائع ج ٧ ص ١٧٠ .

قال صاحبان إنه يستطيع أن يكفر بالصيام وممنوع من التكفير بالمال .
ولكن من أين أتوا بهذا التخريج ؟ . فما دام السفيه مكلفاً بحقوق الشرع ، فيجب
القول بأنه مكلف على النحو الذي أمر به الله تعالى ، فيستطيع أن يكفر بالاعتناق .
والقول بغير ذلك يعتبر مخالفة صريحة لنصوص القرآن .

ثالثاً — قال ابو حنيفة إن زوال الحجر وتوجه الخطاب ينبني في الأصل
على اعتدال الحال ، واعتدال الحال أمر باطنى لا يمكن الوقوف على حقيقة فإقام
الشارع السبب الظاهر الدال عليه وهو البلوغ عن عقل . ومتى تعذر الوقوف
على المعانى الباطنة تقام الأسباب الظاهرة مقامها ، كما أقيم السير المديد مقام المشقة
في جواز الترخيص . وكما لا يعتبر الرشد قبل البلوغ في زوال الحجر فكذلك
السفه بعد البلوغ ليس له اعتبار في إثبات الحجر .

رابعاً — السفه لا ينتقص من العقل . فالسفيه حرم مخاطب بسائر التكاليف
من عبادات ومعاملات « فلا تبطل عبارته ولا إقراره ويصح طلاقه وعتاقه
ونذره ويمينه وإقراره على نفسه بالأسباب الموجبة للعقوبة . ويقام عليه الحد
إذا سرق أو زنا أو شرب خمرًا . ولو جاز الحجر عليه بطريق النظر لكان الأولى
أن يحجر عليه عن الإقرار بالأسباب الموجبة للعقوبة لأن ضرره يلحق بنفسه .
والمال تابع للنفس ، فإذا لم ينظر له في دفع الضرر عن نفسه فعن ماله أولى » .^(١)

ثم كيف يحجر على السفيه في الأمور المالية وهو حر في إبرام عقود الزواج ،
وهي أخطر شأنًا من العقود المالية . أليست صلاحية عبارته في إبرام الزواج دلالة
على كمال أهليته وصلاحية عبارته للعقود الأقل شأنًا ؟ .^(٢)

خامساً — قال الله تعالى « ولا تأكلوها اسرافاً وبداراً أن يكبروا » . هذا

(١) البرزخى ج ٤ ص ٣٧٠ .

(٢) الملكية ونظرية العقد ص ٢٨١ .

النص فيه نهى الولي عن الإسراف في مال الصغير مخافة أن يكبر فلا تبقى عليه ولاية. والنص على زوال الولاية عن الصغير بالكبر يعتبر نصا على زوال الحجر عنه بالكبر. (١)

مما سبق يتبين لنا أن الرأي القائل بالحجر على السفیه لا يجد له سنداً في التشريع الإسلامي. إن جمهور الفقهاء قالوا بالحجر على السفیه حتى يتوصلوا إلى حماية أموال المرء العاقل. وإني أرى أن الشارع الإسلامي قد كفل هذه الحماية عن طريق آخر غير الحجر. فلقد نهى عن التصرفات المصحوبة بغش أو خداع، ولقد نهى عن الصدقة إذا لم يتبق بعدها غنى. فلقد قال الرسول « الصدقة عن ظهر غنى وابتداً بمن تعول ». فأى صدقة أو تصرف سيكون مخالفاً لهذا النهى يعتبر حراماً وباطلاً ومردوداً دون حاجة إلى القول باهدار آدمية المتصدق أو المتصرف، ودون أن نحمل نصوص القرآن والسنة مالا تحتمله، ودون أن نكون قد نسبنا إلى الشارع الإسلامي — الذي كرم بنى آدم في البر والبحر — اقراره الحجر على البالغ العاقل.

الحكمة من الحجر على السفیه

يرى صاحبان أن الحكمة من الحجر على السفیه هي المحافظة على أمواله من الضياع حتى لا يصبح عالة على أسرته وعلى بيت المال. بينما يرى الشافعي أن الحجر على السفیه جزاء وعقوبة على فسادِه. وأثر الخلاف يظهر فيما إذا كان الشخص مفسداً لدينه مصلحاً لماله. فوفقاً للصاحبين لا محل للحجر، ووفقاً للشافعي الحجر واجب. (٢)

(١) المبسوط ج ٢٤ ص ١٥٥.

(٢) راجع البدائع ج ٧ ص ١٧٣. والبرزدوى ج ٤ ص ٣٧٠. وفتح العزيز ج ١ ص ٢٨٦.

والغنى ج ٤ ص ٥٢٢ والمدونة الكبرى ج ١٣ ص ٧٤ والبهجة في شرح التحفة ج ٢ ص ٣٠٨.

والقوانين الحديثة التي أخذت بنظام الحجز على السفينة ما قصدت من وراء ذلك إلا المحافظة على أمواله . لذلك حكم عندنا في مصر بأنه لا محل للحجز على شخص ثبت أنه أقبل عن عادة الإسراف ، فليس الغرض من الحجز معاقبة الشخص على إسرافه وتبذيره بل الغرض منه حماية أمواله .^(١)

هل يثبت الحجز بنفس السفينة أم لا بد من حكم القاضي

الرأى السائد في الفقه الإسلامي هو أن الحجز على السفينة لا يتقرر إلا بحكم القاضي^(٢) . وقد شذ عن هذا الرأى محمد بن الحسن فقال : إن السفينة محجور عليه لذاته كالجنون والمعتوه والصغير . كما ذهب نفر^(٣) من الفقهاء إلى القول بجواز الحجز على السفينة من قبل الأب أو الجد ، وهو قول غير مشهور . وإليك البيان في المذاهب المختلفة :

الخنفية : اختلف الصاحبان . فيرى أبو يوسف أن تصرفات السفينة جائزة حتى يضرب الإمام على يده ، بينما يرى محمد أن أفعال السفينة غير جائزة إطلاقاً سواء حجز عليه الإمام أم لم يحجز عليه .

حجيج أبي يوسف : استدل أبو يوسف على رأيه بالحجج الآتية : —

١ — لو كانت تصرفات السفينة مردودة قبل الحجز لما احتاج السلطان لأن يحجز على أحد .

٢ — السفينة ليس بشيء محسوس وإنما يستدل عليه بآثاره ، لذلك يتعين

(١) حسى عال ٢٨/٤/١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ عدد ٦١ ص ١٠٢ .

(٢) المدونة ج ١٣ ص ٧٥ . شرح الخطاب وبهامشه شرح المواق ج ٥ ص ٧٤ .
المفنى ج ٤ ص ٥٢٥ . المبسوط ج ٢٤ ص ١٦٣ .

(٣) فتح العزيز ج ١٠ ص ٢٨٦ .

على القاضى أن يتبين بنفسه هذه الآثار لمعرفة ما إذا كانت تعتبر دليلاً على السفه أم لا .

٣ — الحجر بسبب السفه مختلف فيه بين العلماء ؛ لذلك وجب ألا يثبت إلا بحكم القاضى رفعاً للخلاف ^(١) .

٤ — استقرار المعاملات يقضى بأن الحجر على السفيه لا يثبت إلا بحكم القاضى حتى يعلم الناس بحقيقة أمره فيكفوا عن التعامل معه ، بينما لو قيل إن الحجر يثبت بنفس السفه لترتب على ذلك مفاجأة الغير ببطالان العقود التى أبرموها معه حالة كونهم لا يعلمون من أمره شيئاً .

ججيج محمد : أما محمد فقد استدل على رأيه بما يلى :

١ — ما رواه البخارى من حديث جابر من أن رجلاً أعتق عبداً ليس له مال غيره فردّه النبي ولم يكن قد حجر عليه قبل ذلك . ونحن نرى أن إبطال الرسول لعتق هذا الرجل لا يرجع لكونه سفيهاً ، وإنما يرجع لمخالفة الحديث القائل « الصدقة عن ظهر غنى » .

٢ — السفه علة الحجر ، فإذا تحققت العلة وجد معلولها دون حاجة إلى صدور حكم من القاضى كما هو الحال بالنسبة للجنون والصغر والرق ^(٢) . وهذه الحجة مردودة أيضاً لأن من شروط العلة أن تكون أمراً ظاهراً والسفه أمر باطنى ومن ثم لا يصلح أن يكون علة .

٣ — إذا لم يقيد الحجر بوقت السفه فقد يصبح عديم الفائدة بعد ذلك ، إذ يَحتمل أن يتصرف السفيه فى أمواله بالهبة والبيع بغبن فاحش ويتأدى فى تلك التصرفات حتى إذا رفعت الدعوى أمام القضاء وبحث القاضى وراء الحقيقة يكون السفيه قد أفنى ماله فلا يعود للحجر فائدة بعد ذلك ^(٣) .

(١) أحمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها ، ص ٦٩ .

(٢) المبسوط ج ٢٤ ص ١٦٣ .

(٣) هاشم مهنا ، الموسوعة الحسينية ، ص ٤٩٧ .

السَّافِيعَةُ وَالْمَخَانِيذَةُ يَفْرُقُونَ بَيْنَ فَرَضَيْنِ : —

١ — إذا بلغ الصبي سفيهاً فإن الحَجَرَ يَسْتَمِرُّ عَلَيْهِ دُونَ حَاجَةٍ إِلَى صُدُورِ حُكْمٍ مِنَ الْقَاضِي لِأَنَّ الْحَجَرَ لَا يَنْفَكُ عَنِ الصَّبِيِّ إِلَّا إِذَا بَلَغَ رَشِيداً ، فَإِذَا بَلَغَ سَفِيهاً فَهُوَ عَلَى الْحَجَرِ حَتَّى يَرُشِدَ ، وَيَكُونُ النَّظَرُ فِي مَالِهِ لَوْلِيهِ قَبْلَ الْبُلُوغِ مِنْ أَبٍ أَوْ وَصِيٍّ أَوْ قَاضٍ ^(١) .

٢ — أَمَّا إِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ رَشِيداً ثُمَّ تَسَفَّهُ فَلَا يَحْجَرُ عَلَيْهِ إِلَّا بِحُكْمِ الْقَاضِي وَتَسْكُونُ الْوَلَايَةُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ لِلْقَاضِي وَحْدَهُ ، وَلَا تَعُودُ إِلَى الْأَبِّ لِأَنَّهَا زَالَتْ بِبُلُوغِ الصَّبِيِّ رَشِيداً ^(٢) .

المَلَائِكَةُ : قَالُوا إِذَا عَرِضَ لِلشَّخْصِ السَّفَهُ بَعْدَ بُلُوغِهِ بَزْمَنٍ قَلِيلٍ كَسَنَةِ فَإِنَّ الْحَجَرَ عَلَيْهِ يَكُونُ مِنْ حَقِّقِ أَبِيهِ ، فَكَأَنَّهُ فِي حُكْمِ الصَّبِيِّ ، وَالْحَجَرُ عَلَى الصَّبِيِّ مِنْ حَقِّقِ الْأَبِّ . أَمَّا إِذَا عَرِضَ السَّفَهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ بَزْمَنٍ أَكْبَرَ فَلَا يُمْكِنُ إِلْحَاقُ الشَّخْصِ بِالصَّبِيِّ ، لِذَلِكَ يَكُونُ الْحَجَرُ مِنْ حَقِّ الْحَاكِمِ ، وَلَا يَرْفَعُ الْحَجَرُ إِلَّا بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ^(٣) .

نَحْنُ سَبَقْنَا أَنْ يَتَبَيَّنَ لَنَا أَنَّ الرَّأْيَ السَّائِدَ فِي الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ هُوَ أَنَّ الْحَجَرَ عَلَى السَّفِيهِ لَا يَقْرَرُ إِلَّا بِحُكْمٍ ، وَأَنَّ الْوَلَايَةَ عَلَيْهِ — فِي حَالَةِ الْحَجَرِ بَعْدَ الْبُلُوغِ — تَكُونُ لِلْحَاكِمِ فَقَطْ . وَلَقَدْ أَكَّدَتِ الْمَجْلَةُ هَذَا الْحُكْمَ فِي الْمَادَّةِ ٩٨٤ فَنَصَّتْ عَلَى أَنَّهُ « إِذَا أُعْطِيَ لِلصَّغِيرِ مَالٌ عِنْدَ بُلُوغِهِ ثُمَّ تَحَقَّقَ كَوْنُهُ سَفِيهاً يَحْجَرُ عَلَيْهِ مِنْ قَبْلِ

(١) كَشَافُ الْفَنَائِعِ ج ٢ ص ٢٢٦ .

(٢) هُنَاكَ رَأْيٌ ضَعِيفٌ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ يَقَرِّرُ أَنَّ الْوَلَايَةَ عَلَى مَنْ تَسَفَّهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ تَعُودُ لِأَبِيهِ أَوْ جَدِّهِ . رَوَاهُ الْبُلْخَنِيُّ عَنْ أَبِي كَعْبٍ . رَاجِعْ فَتْحَ الْعَزِيزِ لِلرَّافِعِيِّ بِذِيلِ الْمَجْمُوعِ لِلْإِمَامِ النَّوَوِيِّ ج ١٠ ص ٢٨٦ .

(٣) الْبَهْجَةُ فِي شَرْحِ التَّحْفَةِ ج ٢ ص ٢٧٩ . وَحُلِيَ الْمَعَاصِمُ لِلتَّائِدِيِّ بِهَامِشِ الْبَهْجَةِ بِنَفْسِ

الصفحة .

الحاكم». كما نصت المادة ٩٩٠ على أن «ولى السفينة الحاكم فقط وليس لأبيه وجده وأوصيائه عليه حق ولاية» .

ولقد قررت الحكم السابق المادة ٦٥ من قانون الولاية على المال فنصت على أنه «يحكم بالحجر على البالغ للعقلة أو السفه ولا يرفع الحجر عنه إلا بحكم» . كما نصت المادة ١٩ من نفس القانون على انتهاء الولاية عن الشخص بمجرد بلوغه سن الرشد ما لم تحكم المحكمة قبل هذه السن باستمرار الولاية عليه . وإذا انتهت الولاية فلا تعود إذا قام بالشخص سبب من أسباب الحجر (المادة ٢٠ من قانون الولاية على المال) .

في القانون المصرى

قلنا إن المشرع المصرى أخذ بالرأى الراجح فى الشريعة الإسلامية . فقرر الحجر على السفينة بحكم يصدر من المحكمة . أما بالنسبة للأحوال التى يجب فيها الحجر للسفه فقد حذا المشرع المصرى حذو سائر التشريعات فى تجنبه تعريف الأسباب الموجبة للحجر لسببين .

أحدهما : هو أن التعريفات أدخل فى الفقه منها فى التشريع .
وثانيهما : هو أن العمل لم يجد صعوبة فى تحديد هذه الأسباب ^(١) .
لذلك يجدر بنا أن نستعرض أحكام الحاكم المصرى للمستخلص منها ما استقر عليه قضاؤنا فى تحديد السفه الموجب للحجر . وإليك بعض هذه الأحكام :—

أعظم القضاء المصرى فى تحديد حالة السفه

— حكم بأن السفه الذى يستوجب الحجر هو ما تجاوز العادة فى الإنفاق .
أما الشاب الميسور الذى يجارى أقرانه فى الإنفاق والاستدانة ولا يتجاوز حالتهم فلا تستوجب حالته الحجر ^(٢) .

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون الحاكم الحسبية .

(٢) محكمة الاستئناف الأهلية فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ١٦٣ .

— إذا استدان شخص مبلغاً طائلاً لا يتناسب مع إرادته عند تصرفه هذا دليلاً على التبذير المحقق لمعنى السفه^(١).

— يستحق الحجر من ثبت سوء تصرفه وتبذيره لماله وصرف مبالغ في سبيل شهواته مما لا ينطبق على مقتضى العقل والشرع^(٢).

— بيع امرأة لمصوغاتها لا يفيد وحده وبذاته سوء التصرف^(٣).

— يعتبر سفيهاً من يبدد في مدة وجيزة ميراث والده لأن الاستدانة الهائلة التي تستغرق قيمة تركته قبل أن يكون للشخص ثروة هو عين السفه الذي يقتضى الحجر على صاحبه^(٤).

من هذه الأحكام يتبين لنا أن المحاكم عندما تحدد السفه بعاملين :

العامل الأول (مادي)

وهو الإنفاق في الأموال انفاقاً يتجاوز العادة . وتأخذ المحاكم في تحديد حالة السفه بمعياري شخصي . فتجعل مقياس الإنفاق شخصياً يماثل المطلوب الحجر عليه في مركزه و ثروته . إنما يشترط أن يكون من شأن هذا الإنفاق أن يؤدي إلى ضياع ثروته ، إذ ليس الغرض من الحجر معاقبة الشخص على تبديده وانفاقه بل الغرض منه حماية أمواله .

العامل الثاني (معنوي)

ومقتضاه أن يتوفر لدى الشخص شهوة اتلاف المال نتيجة شذوذ في طباعه ، فتضعف هذه الشهوة من إرادته حتى ينساق إلى التصرفات غير عابئة بما قد يترتب عليها من خسارة في أمواله .

(١) حسي عال ٢٤/١/٦ السنة الرابعة محاماة رقم ٣٣٧ ص ٤٣٩ .

(٢) حسي عال ٢ مارس سنة ١٩٢٤ محاماة رقم ٤٨٥ ص ٦٤٣ السنة الرابعة .

(٣) حسي عال ٣٠ مارس سنة ١٩٢٤ محاماة رقم ٥٦٣ ص ٧٣٥ السنة الرابعة .

(٤) حسي عال ١٩١٣/٧/٢٢ شرائع ص ١٤ .

وقد يتصرف الشخص تصرفاً يؤدي إلى ضياع أمواله كلها ومع ذلك لا يعتبر سفيهاً لعدم توفر شهوة الإلتلاف . لذلك حكم بأنه إذا كفل شخص بحسن نية مدينين كان يعتقد أنهم موسرون وخسر بسبب ذلك ، فلا تسوغ خسائره طلب الحجر عليه بسبب السفه، لأن السفه شرعاً هو تبذير الأموال على غير مقتضى العقل والشرع ، وحالة الكفالة لا تقتضى القول بأن الكفيل قد عرض أمواله للتبذير والضياع لأن هذه النتيجة لم تكن في حسبانته وقت الكفالة ويجوز أن تحصل لأشد الناس حرصاً^(١) . كما حكم بأنه إذا تصرف شخص ببيع أطيانه رغبة منه في الاتجار بقيمتها على أمل الربح فلا يستدعى هذا التصرف توقيع الحجر عليه باعتباره سفيهاً^(٢) . كما حكم بأنه إذا كان التصرف مبنياً على غاية شريفة في نظر المتصرف لا يفكرها العقلاء أو لمصلحة يراها هو جديرة بالعناية في نظره كصلحته في ضمان نفقة تجرى عليه شهرياً أو تعهد المشتري من أولاده بوفاء الديون المقيدة على الشيء المبيع لأربابها فإنه لا يصح الحجر عليه^(٣) .

كما حكم أيضاً بأن السفه زيادة تخالف المعقول ، فإدارة الأموال التي تكون وخيمة العاقبة وتسكون سبباً في ضياع قسم عظيم من المال لا تعد من السفه والإسراف^(٤) .

مما سبق يتضح لنا أن السفه يتحدد بعاملين : أحدهما مادي وهو مجاوزة الإنفاق للعادة ، وثانيهما معنوي وهو نية إلتلاف المال . والواقع أن العامل المعنوي أهم من العامل المادي ، ذلك أن مجاوزة الإنفاق للعادة ليست إلا مجرد دليل لإثبات نية الإلتلاف . لذلك يتحقق السفه إذا ثبتت هذه النية بدليل آخر ، كما ينتفي بانتفائها حتى ولو تجاوز الشخص ما جرت عليه العادة في الإنفاق .

(١) حسي عال في ٢٢ ابريل سنة ١٩١٧ بمجموعة رسمية ١٩٢٠ من ٢٠٩ .

(٢) حسي عال ٢٦/١٠/١٩٢٢ محاماة س ٥ رقم ١٩ من ١٥ .

(٣) حسي عال ، المحاماة ، س ٣ من ٤٩٩ وس ١١ من ٧٠٥ .

(٤) استئناف عال ١٦ ابريل سنة ١٩٠٦ حقوق ١٨ من ١٨٨ .

وإني أرى أن السفه ليس إلا عيباً يضعف من إرادة الشخص بالرغم من كمال تمييزه . فهو يدرك مقدماً ما يترتب على تصرفه من خسارة في أمواله ، ومع ذلك ينساق إلى إبرام التصرف نتيجة تسلط شهوة إتلاف المال على إرادته . ولكن يختلف السفه عن سائر عيوب الرضا وبصفة خاصة عن الاستغلال في أنه عيب مستمر في الإرادة يصاحب الشخص طالما سيطرت عليه شهوة إتلاف المال . من أجل ذلك أوجب القانون الحجز على السفه بعكس الحال في عيوب الرضا . فهي عيوب مؤقتة تشوب إرادة الشخص في حالة معينة بالنسبة لتصرف معين .

إشهار الحكم الصادر بالحجز على السفه

يرى معظم الفقهاء الشرعيون ضرورة إشهار الحكم الصادر بالحجز حتى يعلم به الغير فيتجنب معاملة المحجور عليه ، والقول بغير ذلك يؤدي إلى اضطراب المعاملات . لأن الغير قد يفاجأ ببطلان تصرفه نظراً لأن من تعامل معه محجور عليه دون أن يكون له علم بهذا الحجز . لذلك جاء في كشف القناع^(١) « من حجز عليه الحاكم استحب إظهاره عليه والإشهاد عليه لتجنب معاملته وإن رأى الحاكم أن يأمر منادياً بذلك ليعرفه الناس فعل » . وأوجب المالكية على الأب في الحالة التي يجوز له فيها أن يحجز على ابنه السفه بعد بلوغ الرشد (وهي بعد البلوغ بسنة) أن يشهد الشهود على أنه جدد الحجز عليه^(٢) .

ولقد أخذت المجلة بنظام إشهار الحجز فقررت في المادة ٩٦١ أنه « إذا حجز السفه والمديون من طرف الحاكم يشهد ويعلن للناس ببيان سببه » . وإعلان الحجز يعلم للمحجور حقيقة أمره ومصير تصرفاته . لذلك نصت المادة ٩٦٢ من المجلة على أنه « لا يشترط حضور من أريد حجزه من طرف الحاكم ويصح حجزه

(١) ج ٢ ص ٣٣٦ .

(٢) البهجة على شرح التحفة ج ٤ ص ٢٧٨ . والمدونة الكبرى ج ١٣ ص ٧٤ .

غيابياً . ولكن يشترط وصول خبر الحجر إلى ذلك المحجور . ولا يكون محجوراً ما لم يصل إليه خبر أنه قد حجر عليه . وتكون عقوده وأقاريه معتبرة إلى ذلك الوقت .

وفي مصر يتم إظهار القرارات الصادرة بالحجر بتسجيلها وتسجيل الطلبات المقدمة بشأنها في سجل معد لذلك بمحكمة مصر الابتدائية .

والقرار الصادر بالحجر لا يكون حجة على الغير حسن النية إلا من تاريخ تسجيل الطلب المقدم بشأنه أو من تاريخ تسجيل الحكم إن لم يكن الطلب قد سجل . وفي ذلك أخذ بمبدأ حماية الغير حسن النية الذين يتعاملون مع شخص يجهلون أنه محدود الأهلية .

وتسجيل الطلب أو القرار حتى ولو لم يكن نهائياً يجعله حجة على الكافة ، إذ يجب على من يتعامل مع آخر أن يتحرى ويبحث عن أهلية المتعاقد معه حتى يتأكد من صحة التعاقد وإلا فعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره وإهماله . وفي مكنة الغير أن يتبين ذلك باطلاعه على السجل الموجود بالمحكمة الخاص بتسجيل قرارات الحجر والطلبات المقدمة بشأنه .

ونحن نرى أن طريقة تسجيل طلبات الحجر وقراراته التي أخذ بها القانون المصري طريقة قاصرة من الناحية العملية . ولم كان يحسن بالمشروع لو أنه اشترط أيضاً تسجيل هذه القرارات والطلبات في قلم الشهر العقارى الكائن بدائرته عقارات المحجور عليه أو المطلوب حجره حتى يتبين ذلك من يتعاقد معه بمجرد الاطلاع على صحيفة عقارانه المدونة في الشهر العقارى . ولا سيما أن التصرفات العقارية أخطر شأنًا من غيرها . وبذلك توفر على الغير مؤونة الانتقال من أقاصى البلاد إلى القاهرة ليطالع في قلم التسجيلات بمحكمة مصر الابتدائية عما إذا كانت هناك طلبات أو قرارات حجر بالنسبة لمن يتعامل معه .

ولقد سبقنا إلى الأخذ بهذه الطريقة القانون السوري واللبناني ففيهما يشترط لتقييد حرية المالك المحجور عليه في تصرفاته العقارية ، أن يسجل قرار الحجر في صحيفة عقاراته المدونة في السجل العقاري حتى تكون نافذة المفعول في حق من يتعاقد معه من الناس . ولا يكفي النشر في الصحف فقط ^(١) .

أثبات هاتئ السفه :

يجب أن يبين في طلب الحجر الوقائع التي تدل على السفه كما يجب على المحكمة أن تبين هذه الوقائع في حكمها مع ذكر تواريخ حصولها واقعة واقعة والدليل على كل منها وتاريخ الطلب المقدم بالحجر . إذ يتعين أن يكون الحكم مظهرًا لكافة الوقائع وظروفها وأدلتها بحيث يمكن أن يستغنى المطلع عليه بما أثبتته المحكمة دون الرجوع إلى ملف الدعوى لفهم ما يريد القاضى . ولا يكفي لتسبيب الحكم قوله أنه « يؤخذ من تقريرى حضرة العضو المنتدب لفحص حالة المطلوب الحجر عليه أنه سفیه لا يحسن التصرف فى أمواله » ^(٢) . فالقول بأن شخصاً سفیه لا يحسن التصرف فى ماله هى جملة مبهمه لا يليق أن تكون سبباً لإهدار آدميته بحرمانه من أخص لوازمه وهى حرية التمتع بأمواله والتصرف فيها بلا رقيب . وعلى ذلك يجب تفصيل وقائع السفه وسوء التصرف وإقامة الدليل عليها .

(١) النظرية العامة للموجبات والعقود ، صبحى الحصانى ، ج ٢ ص ١٢٦ .

(٢) حسبي عال ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٢٩ حماة رقم ٦٥ — ص ١٤٤ —

هل ينفذ قرار الحجر منه تاريخ صدوره أم من تاريخ تسجيله

قبل صدور قانون المحاكم الحسبية كانت المحاكم تقضى بأن قرار الحجر يعتبر حجة على الغير من وقت صدوره وليس من تاريخ النشر في الجريدة الرسمية لأن النشر من الإجراءات الخارجية التي لا تأثير لها في القرار ، ولأن الأمر بالنشر لم يرد في القانون بل ورد في اللامحة التنفيذية الخاصة بترتيب المجالس الحسبية^(١) . لذلك حكم بأن عدم النشر لا يغير من صفة المتعاقد إذ يجب على من تعاقد معه أن يتحرى ويبحث عن أهليته حتى يتأكد من صحة التصرف وإلا كان مسئولاً عن نتيجة إهماله^(٢) .

ولكن قانون المحاكم الحسبية والقانون المدني الجديد نصا صراحة على أن قرار الحجر لا ينتج أثره إلا من وقت تسجيله أو تسجيل الطلب المقدم بشأنه — هذا بالنسبة للغير حسن النية . أما بالنسبة لسيء النية فالقرار ينتج أثره ولو لم يكن قد سجل أو سجل الطلب المقدم بشأنه .

رفع الحجر عن السفه :

أخذ القانون المصرى برأى أبى يوسف فيما يتعلق بتوقيع الحجر ورفع . فقرر القانون المدني وقانون الولاية على المال أن الحجر على السفه البالغ لا يوقع لا يرفع إلا بحكم . والحكم الصادر برفع الحجر لا ينفذ في مواجهة الغير إلا من يوم صيرورته نهائياً وبعد تسجيله . هذا بعكس الحكم الصادر بالحجر فإنه يعتبر حجة على الغير بمجرد تسجيله (إذا لم يكن الطلب قد سجل) حتى ولو لم يكن نهائياً . والأصل أن رفع الحجر لا يكون إلا بطلب من المحجور عليه . لذلك حكم

(١) محكمة استئناف مصر ١٢ يونيو سنة ١٩١٦ — رقم ٧٢ — ص ٣٨٦ المحاماة السنة الأولى ، محكمة استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ رقم ٤٨ — ص ٧٢ السنة التاسعة .

(٢) حسبي عال ١٩٢١/٢/٢٥ محاماة ص ٢١ رقم ١٠٨ ص ٥١٦ .

بأنه إذا قرر المجلس الحسبي (محكمة الأحوال الشخصية) توقيع الحجر على شخص فلا يجوز لولده أن يرفع إلى المجلس الحسبي العالى استئنافاً عن القرار المذكور يطلب فيه إلغاء الحجر^(١). ومع كل يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن ترفع الحجر عن شخص ولو لم يطلب ذلك ، كما لو زال السبب الذى من أجله وقع الحجر أو أصبح المحجور عليه من غير مال .

(١) حسبي عال ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٣ رقم ٢٦١ ص ٢٣٥ س ٤ محاماة .

المبحث الثاني

أهلية السفه

٢ — في القانون الروماني

كان القانون الروماني القديم يلحق السفه المحجور عليه بالجنون بالنسبة لجميع تصرفاته . والظاهر أن هذا التشدد كان راجعاً إلى أن الحجر لم يتقرر إلا للمحافظة على أموال الأسرة بدليل أنه لم يكن يقع إلا على السفهاء الذين يبذرون الأموال التي آلت إليهم عن طريق آبائهم وأجدادهم دون أن يكون لهم أولاد . إلا أن الحال تطور في العصر العاصي وأخذت تسود الحجر فكرة حماية أموال المحجور عليه فشمّل جميع أمواله حتى ولو آلت إليه عن غير طريق آبائه وأجداده . وأصبحت أهلية السفه كأهلية الصبي Pubertati Maximus بالنسبة لجميع التصرفات ، إذ أجزله القيام بكل التصرفات التي تزيد من أمواله دون التي تنقص منها ، وينصب عليه قيم Gorator لينوب عنه في التصرفات المضرة بمصلحته^(١) .

٣ — في القانون الإنجليزي

التشريع الإنجليزي — كما بينا — على النقيض من سابقه لا يقيد أبداً من حرية السفه في إبرام التصرفات حتى ولو كانت ضارة به طالما أنه بالغ عاقل . وهذا يوافق رأى أبي حنيفة وإن كان يخالفه فيما يتعلق بتسليم المال إلى السفه^(٢) .

(١) يوستنيانوس الأحكام (١ ، ٢٣ ، ٣) . جبرار ص ٢٣٥ ص ٢٣٨ . بدر والبدراوى ، القانون الروماني ، ص ٢٢٣ .

(٢) راجع كتاب Hibberts leading cases in conflict of laws سنة ١٩٣١ Worms. V. De Valdor 1880. والأحكام الصادرة في القضايا الآتية : ٢٨٨ ، ٢٨٩ و 49 L. J. ch. 261, in Re Selot's Trust 1902, I, ch 488

٤ — فى القانون الفرنسى

لم يأخذ القانون الفرنسى بنظام الحجر على السفهه كما فى القانون الرومانى ، ولا هو أطلق له حرية إبرام التصرفات كما فى القانون الإنجليزى . بل اتخذ تدابير متوسطة لحمايته ، فأجاز للمحكمة أن تنصب على السفهه قيدا قضائيا لأجل الإشراف عليه ومساعدته فى بعض التصرفات .

ويلاحظ أن نظام المساعدة القضائية ليس مقصوراً على السفهه . بل يجوز أن يشمل أى شخص آخر ترى المحكمة أنه غير قادر على إدارة أمواله إما بسبب عجزه الجسمانى أو بسبب ضعفه العقلى إذا كان هذا الضعف لا يصل إلى درجة الجنون أو البله . لذلك حكمت المحاكم الفرنسية بجواز تعيين مساعد قضائى فى حالة الصمم أو السكر المعتاد أو الشيخوخة المتقدمة إذا ترتب على ذلك عدم قدرة الشخص على المحافظة على أمواله^(١).

ولقد حدد القانون الفرنسى فى المادة ٥١٣ الأعمال التى لا يستطيع السفهه مباشرتها إلا بإشراف المساعد القضائى . وطريقة التحديد فى التشريع معيبة إذ يحتل أن يكون ناقصاً . فعلا لم تتضمن المادة ٥١٣ أعمال الشراء مع العلم بأنه لو أجاز للسفهه القيام بها وحده لرتب على ذلك إمكان أن يشتري أشياء غير مفيدة وغالية مما قد يؤدى إلى خرابه . وبذلك تضيع المحكمة التى من أجلها تدخل المشرع لحمايته . لذلك نجد أن القضاء الفرنسى توسع فى تفسير الأعمال الواردة فى المادة المذكورة .

وسنتكلم عن الأعمال التى حرم القانون على السفهه مباشرتها بدون معاونه المساعد ، ومدى توسع المحاكم فى تفسير هذه الأعمال ، وذلك بعد أن نستعرض بعض أحكام القضاء الفرنسى فى تحديد ما للسفهه الموجب المساعدة القضائية .

(١) بلانيول ج ١ ص ٨١٥ . وانظر باريس ١١ ديسمبر ١٩٠٣ - ١٩٠٦ - ٢ - ١٢٧ -

أنظام القضاء الفرنسى تحديد حالة السفه

تضاربت أحكام القضاء الفرنسى فى تحديد حالة السفه .

فبعض الأحكام ترى أن السفه لا يتحقق إلا إذا كانت المصاريف لا تتناسب بشكل ظاهر مع موارد الشخص . لذلك حكم بأنه لا سفه فى نظر القانون مهما بلغ مقدار المصاريف ومهما تنافت أبواب الصرف مع مكانة الشخص أو تجافت مع مصلحته أو حتى إذا تجردت من كل غاية شريفة ما دامت هذه المصاريف على كثرتها تتناسب مع موارد صاحبها^(١) . وعلى العكس من ذلك قضت بعض الأحكام بأن مجرد الإسراف وحده يكفى لتحقيق حالة السفه حتى ولو كان ذلك متناسباً مع موارد الشخص . لذلك حكم بأن تنصيب قيم قضائي بسبب السفه يجوز أن ينبى على أن أبواب الصرف تكشف عن إسراف وضعف فى الإرادة وفى الوازع الخلقى وذلك حتى ولو لم يكن نتيجة هذا تعريض الثروة العائلية للضياع^(٢) .

ولقد استقر القضاء والفقه على الأخذ بالرأى الأخير . لذلك يعتبر السفه ضعفاً فى الإرادة، والوازع الخلقى يدفع الشخص إلى الإنفاق فى أمور غير منتجة ولو لم يتجاوز هذا الإنفاق موارد طالما أنه انفاق تعسفى^(٣) .

وتحديد السفه على النحو السابق يتفق والرأى الذى قلنا به من أن السفه ضعف فى الإرادة نتيجة تسلط شهوة اتلاف المال على هذه الإرادة وان مجاوزة الانفاق للعادة ليست إلا مجرد دليل لإثبات هذه الإرادة الضعيفة .

(١) باريس ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ ، ج ٥ - ١٨٩٤ - ٢ - ٢٣٣ .

(٢) ٢٢ مارس سنة ١٩٢٧ ، ج ٥ - ١٩٢٨ - ١ - ٥٨ .

(٣) بلانيول ج ١ ص ٨١٥ .

الأعمال الواردة في المادة ٥١٣ فرنسي

أولاً : الوقراصر : يحرم على السفهه أن يقترض أى مبلغ من المال حتى ولو كان هذا المبلغ نافهاً . كما لا يحق له أن يحيز قرضاً أبرمه وهو قاصر . ولو أن بعض الأحكام قد خولت له هذا الحق إذا تعهد برد المبلغ المقرض من دخله بأقساط سنوية دون إرهاق له . ولكن هذه الأحكام منتقدة للأسباب الآتية^(١) :

(١) لا يستطيع الشخص أن يحيز عقداً اجازة صحيحة إلا إذا توفرت لديه أهلية القيام بهذا العقد .

(ب) هذه الأحكام تجيز للسفيه ضمناً أن يبرم وحده قرضاً إذا كانت حالته المالية تمكنه من الوفاء بسهولة من دخله . وهذا مخالف للتحريم الوارد في المادة ٥١٣ ، وهو تحريم مطلق بدون قيد أو تحفظ . ويلتزم السفهه بالقرض الذى أبرمه وحده بقدر ما استفاد منه^(٢) .

ثانياً : التصرف فى الأموال : لا يستطيع السفهه أن يتصرف وحده فى أمواله أيا كانت طبيعة هذا التصرف ، وأيا كان المال محل التصرف ، أى سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعاً ، وسواء كان المال منقولاً أو عقاراً . وتستثنى من ذلك التصرفات التى تنسم بطابع الإدارة كبيع المحصولات الزراعية^(٣) .

(١) كابيتان ج ١ ص ٦٠٤ .

(٢) نقض أول أغسطس ١٨٦٠ د ٦٠ — ١ — ٣١٦ .

(٣) محكمة السين المدنية ١٧ أكتوبر سنة ١٩٢٢ د — ١٩٢٢ — ٢ — ١٧٣ .

ثالثاً : الرهنه : تحرم المادة ٥١٣ على السفية أن يرهن أمواله . وهذا التحريم يتمشى مع تحريم الاقتراض والتصرف . ذلك أن الرهن يعتبر من أعمال التصرفات ، إذ يستطيع الدائن المرتهن الذى لم يحصل على دينه أن يحجز على العقار المرهون وأن يبيعه . أضف إلى ذلك أن الرهن غالباً ما يكون ضماناً لعقد قرض ، والسفية ممنوع من الاقتراض .

رابعاً : التقاضى : يحرم على المحكوم بمساعدته أن يتخاضم أمام القضاء سواء بصفته مدعياً أو مدعى عليه ، أيا كانت طبيعة النزاع سواء كان متعلقاً بحالته الشخصية أو كانت له صبغة مالية ^(١) . لذلك حكم بأن السفية لا يستطيع أن يطالب بالطلاق إلا بمساعدة القيم ^(٢) .

ويستثنى من هذه القاعدة ما يلى :

١ — يستطيع السفية أن يدافع عن نفسه فى الدعوى المدنية المرفوعة عليه أمام المحاكم الجنائية . إذ من غير المعقول أن يباح له الدفاع عن نفسه فى الدعوى الجنائية ويحرم من الدفاع فى الدعوى المدنية . ذلك أن النتائج التى قد تترتب على الدعوى الأولى أخطر من تلك التى قد تترتب على الدعوى الأخيرة .

٢ — يستطيع السفية أن يستأنف الحكم الصادر بتعيين مساعد له أو يدافع عن نفسه فى دعوى حجر ^(٣) .

كما يستطيع السفية أخيراً أن يباشر بنفسه الإجراءات ذات الصبغة التحفظية كإجراءات قطع التقادم .

(١) ليوج ٢ يونيو سنة ١٨٥٦ د. ٥٧ — ٢ — ٢٦ .

(2) Seine 2 Mars 1935, Gaz. Palais 1935, I. 952.

(3) Seine 30 Avril 1870, D. 70-3-78 ; leige 12 Juillet 1882 - D-84 2-200.

خامساً : الصلح : الصلح من بين الأعمال المحرم على المحكوم بمساعدته أن يقوم بها وحده . لأن الصلح عبارة عن تصرف وبموجبه يتنازل عن بعض حقوقه وهو ممنوع من ذلك .

سادساً : تسلم مبلغ من المال : يحرم على المحكوم بمساعدته أن يتسلم مبلغاً من المال أو أن يعطى مخالصة عنه .

توسع المحاكم في تفسير الأعمال الواردة في المادة ٥١٣ مدني فرنسي

توسعت المحاكم الفرنسية في تفسير الأعمال الواردة في المادة ٥١٣ فحرمت على المحكوم بمساعدته أن يباشر أعمالاً أخرى قياساً على الأعمال الواردة في النص، من ذلك أنها حرمت عليه تقرير حق ارتفاق أو أى حق عيني آخر على مال من أمواله ، لأن إنشاء أى حق من هذه الحقوق يعتبر تصرفاً جزئياً . كما حرمت عليه أن يقبل وحده تركة أو يرفضها ، ذلك أن قبول التركة لا يمكن أن يصدر إلا من شخص له أهلية رفضها ، وأهلية الرفض تستلزم وجود أهلية التصرف . أضف إلى ذلك أن من يقبل تركة يلتزم بما عليها من ديون . من أجل ذلك استلزم القضاء تدخل المساعد لمعاونة السفينة في قبول التركة أو رفضها^(١) . ولقد استقر القضاء أيضاً على منع السفينة من أن يباشر وحده عقد القسمة لأن هذا العقد يستلزم فيمن يباشره توفر الأهلية الكاملة^(٢) . كما لا يجوز للسفينة دون مساعدة القيم

(١) أوبري ورو ج ٤ ص ٦١٠ . ومحكمة داوى ٣٠ يونيو سنة ١٨٥٥ د . ٥٦ - ٢ - ٥٦ .

(٢) Req ١٥ مارس ١٩١٠ د . ١٩١٣ - ٥ - ٢٦ .

أن يوقع المشاركات الزوجية للنظمة للعلاقات المالية. ويحرم عليه بصفة خاصة أن يضمن هذه المشاركات هبة ما لزوجته المنتظرة^(١). وأخيراً لا يجوز للسفيه القيام بالأعمال التجارية ولا مباشرة التجارة لأن مساعدة القيم القضائي يجب أن تكون خاصة بكل تصرف على حدة ، ومن المستحيل عملاً تقديم هذه المساعدة بالنسبة لكل عمل من أعمال التجارة^(٢).

وظيفة المساعد القضائي

تقتصر وظيفة المساعد القضائي بحسب الأصل على مجرد معاونة السفيه فقط ، دون أن يتدخل شخصياً في التصرفات الصادرة منه . إذ ليس للمساعد صفة النيابة ، لذلك لا يستطيع أن يباشر نيابة عن السفيه أعمال التصرف والإدارة وإلا كان العمل غير نافذ في حقه^(٣). ولكن المحاكم أجازت للمساعد أن يأذن للسفيه بإبرام التصرف القانوني إذا كانت شروط هذا التصرف محددة مقدماً . واعتبرت هذا الإذن مساوياً للمساعدة^(٤). إنما يشترط أن يكون الإذن خاصاً بتصرف معين . أما الإذن العام في مباشرة التصرفات فيعتبر باطلاً لأن معناه تنازل المساعد عن وظيفته التي منحه إياها القانون ، وهذا غير جائز . ولكن المحاكم لم تكتف بهذا الإذن في رفع الدعاوى بل استلزمت تدخل المساعد شخصياً^(٥). والظاهر أن القضاء الفرنسي لم يقتنع بهذه الوظيفة السلمية التي خولها القانون للمساعد . ذلك أن الأحكام القضائية تميل إلى تحريره من هذه الوظيفة

(١) حكم الدوائر المتجمعة ٢١ يونيو سنة ١٨٩٢ ١٠٥-٩٢-١-٣٦٩ .

تقرير المستشار De lyones وتعليق الأستاذ la Rouverable .

(٢) نقض أول أغسطس ١٨٦٠ ١٨٦٠-١-٣١٦ .

(٣) باريس ٢٣ أغسطس ١٨٦٥ ، نقض د. ٦٧-١-٤٨١ .

(٤) بلانيول ج ١ نبذة ٢٣٥٩ ص ٨١٧ . سيجون ٢٣ يوليو سنة ١٩٠٠ —

د — ع — ٩١١ — ٢ — ١٦٥ .

(٥) بلانيول ج ١ ص ٨١٨ نبذة ٢٤٨٤ . انظر نائسي ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٢ ١٨٩٢-٢-٢٤ .

الاستشارية البحتة وسمحت له أن يلعب دوراً خاصاً يجعل له نشاطاً بجانب نشاط السفينة ومستقلاً عنه . ولهذا النشاط مظاهر ثلاثة ^(١) :

١ — أجازت المحاكم للمساعد القضائي أن يطعن في الأحكام الصادرة ضد السفينة بالمعارضة أو الاستئناف . كما أجازت له أن يتقدم للقضاء بمذكرات خاصة لإبداء أوجه الدفاع التي يراها مناسبة في الدعوى المرفوعة على السفينة حتى ولو كان ذلك بدون علمه أو رغماً منه .

٢ — خولت المحاكم للمساعد أن يطعن وحده بالبطلان في التصرفات التي أبرمها السفينة . لذلك حكم بأن تعيين المساعد القضائي يقصد به حماية السفينة من ضعفه والحفاظة على أمواله وذلك لن يتحقق إذا لم يخول للمساعد الطعن في التصرفات الصادرة من السفينة إذا لم يقوم هذا الأخير بذلك .

ولكن هذه الأحكام متقدمة لأن المساعد لا ينوب عن السفينة ولا يمثلها ، ومن ثم فليس له صفة في الطعن في الأحكام الصادرة ضده . ولا سيما أنه لا يوجد نص خاص يخوله ذلك .

٣ — نص القانون على أن السفينة لا يستطيع أن يقبض أموالاً إلا إذا كان المساعد بجانبه . ولكن الماعدين وسعوا من سلطتهم فحولوا لأنفسهم الحق في اختيار وسيلة استثمار هذه الأموال ، وأقرتهم المحاكم على ذلك فحكمت ببطلان استخدام السفينة لأمواله ولو كان استخداماً معقولاً ومفيداً طالما أنه لم يحصل بمعاونة المساعد .

وهذه الأحكام متقدمة أيضاً إذ كيف يخول للمساعد استثمار أموال السفينة بينما لم ينظم القانون طريقاً لحاسبته .

(١) كابتان ج ١ ص ٦١٠ .

بطاوة التصرفات الصادرة من السفينة ومعه

لم ينص القانون الفرنسي صراحة على الجزاء المترتب على قيام السفينة المحكوم بمساعدته بعمل من الأعمال التي تقررت فيها المساعدة بموجب القانون أو القضاء . ولقد جرى الفقه والقضاء على اعتبار هذا العمل باطلاً بطلاناً نسبياً تطبيقاً للقواعد العامة للقانون^(١) . لذلك يجوز للمحكوم بمساعدته ، دون من تعامل معه ، أن يطالب بالبطلان ويجب على القاضي أن يحكم بالبطلان ، إذا طلب منه ذلك ، حتى ولو لم يلحق المحكوم بمساعدته غبن في التصرف الذي أبرمه^(٢) .

ولا يتقرر انعدام أهلية السفينة إلا من يوم صدور القرار بتعيين مساعد له . وتطبيقاً لذلك حكم بعدم جواز الطعن في الأعمال السابقة على تقرير المساعدة حتى ولو كان السبب الذي أدى إلى هذه المساعدة شائعاً ومعروفاً للغير^(٣) .

ولكن هذه الأحكام منتقدة لأن السفينة حينما يعلم برفع الدعوى عليه قد يسارع في إبرام تصرفات تؤدي إلى خرابه ومن السهل عليه أن يجد له مجاملين يساعدونه على الاستفادة من الأيام الأخيرة لكمال أهليته^(٤) .

لذلك استقرت الأحكام الحديثة على أن الأعمال التي يباشرها السفينة قبل تعيين المساعد تكون قابلة للإبطال إذا كان من تعامل مع السفينة يعلم برفع الدعوى عليه أو أنه مزعزع رفعها ، فيسارع إلى إبرام العقد قبل صدور الحكم^(٥) .

(١) جوسران ، ج ١ ص ٣١٨ بند ٥٨٠ .

(٢) Req, 4 Juin 1896, D. 97. 1. 404, S.97-1-113.

(٣) Bordeaux, 29 Décembre 1884, sous Cass : D-86-1-244

(٤) كاييتان ج ١ ص ٦١٥ .

(٥) نقض ١٥ يوليو سنة ١٩٠٣ دالوز الدوري ١٩٠٤ - ١ - ١٢٩ (تعليق كاييتان صيرى ١٩٠٤ - ١ - ٤٦٦) بورديو ٢٤ مايو سنة ١٨٩٦ نقض ١١ ديسمبر دالوز الدوري ١٩١٣ - ١ - ٤٣٠ .

٤ - في الشريعة الإسلامية

والقانون المصري

عنه أبي حنيفة : يرى أبو حنيفة أن السفية أهل لمباشرة جميع التصرفات سواء كانت مالية أو غير مالية، وسواء كانت نافعة أو ضارة أو دائرة بين النفع والضرر. ذلك أن السفية لا ينتقص العقل ولا يخل بقدرة البدن . والسفيه مخاطب بحقوق الله تعالى « وإذا بقي أهلاً لتحمل أمانة الله عز وجل ووجوب الحقوق بقي أهلاً في حقوق العباد وهي التصرفات بالطريق الأولى ، لأن حقوق الله أعظم فإنها لا تحمل إلا على من هو كامل الحال . ألا ترى أن الصبي العاقل أهل للتصرفات ، مع أنه ليس بأهل لا يجاب حقوق الله عز وجل وتحمل أمانته ، فمن هو أهل لتحمل أمانته أولى أن يكون أهلاً للتصرفات » .^(١)

ولقد روى هذا الرأي أيضاً عن ابن سيرين والنخعي ومجاهد وعبد الله بن الحسن وجماعة من الصحابة ، وإليه ذهب الإمام زفر تلميذ أبي حنيفة وداود الظاهري وأتباعه .

عند المصنفين : يرى صاحبان أن السفية يأخذ حكم الصبي المميز^(٢) في التصرفات التي لا تحمل الفسخ ولا يبطلها الهزل كالبيع والشراء والاجارة والهبة . لذلك إذا كانت هذه التصرفات دائرة بين النفع والضرر فإنها تنعقد موقوفة على الاجازة ، إن رأى الحاكم فيها مصلحة أجازها وإلّا ردّها^(٣) . وإذا كانت ضارة ضرراً محضاً فإنها تكون باطلة ، وإذا كانت نافعة نفعاً محضاً فإنها تنعقد صحيحة نافذة . أما التصرفات التي تحمل الفسخ وتصح مع الهزل فهي دائماً صحيحة نافذة كالنكاح والطلاق والاعتاق . وسبب إلحاق السفية بالهزل هو أن كلا

(١) كشف الأسرار للإمام الزيدى ج ٤ ص ٣٦٩ . والملكية ونظرية العقد ص ٢٨٩

(٢) مع مراعاة أن هذا الحكم لا يتقرر ، وفقاً لرأى أبي يوسف ، إلا إذا كان السفية مجبوراً عليه بحكم القاضي .

(٣) البدائع ج ٧ ص ٧٢٢ . والفتاوى الهندية ج ٥ ص ٦١ .

منهما يخرج كلامه في التصرفات على غير نهج كلام العقلاء مع بقاء العقل .
عند جمهور الأئمة : يلحق الجمهور السفه المحجور عليه بالصبي المميز . لذلك يرى مالكا وأحمد أن تصرفاته الضارة باطلة ، والنافعة صحيحة ، والدائرة بين النفع والضرر متوقفة على الإجازة عند الأول وعلى الإذن عند الثاني . أما الشافعية فيرون أن جميع تصرفات السفه باطلة - شأنه في ذلك شأن الصبي المميز عندهم - ولم يحيزوا له إلا الطلاق والوصية في أحد الأقوال .

تقسيم تصرفات السفه إلى مالية وغير مالية

(أولا) التصرفات غير المالية

السائد في الشريعة الإسلامية ، كما هو الحال في معظم التشريعات ، هو أن للسفيه أهلية مباشرة التصرفات ذات الصبغة الشخصية البحتة حتى ولو ترتبت عليها آثار مالية كالزواج والطلاق والاقرار بالنسب ، ذلك أن الحجر على السفه عند جمهور الفقهاء لم يشرع إلا بقصد حماية أمواله ، وما دامت هذه التصرفات بطبيعتها غير مالية فإنها تخرج عن دائرة الحجر . وإليك التفصيل :—

أولاً — الزواج : يرى أبو حنيفة أن زواج السفه صحيح لأن عبارته صالحة لإنشاء أى عقد من العقود ويدخل في ذلك الزواج . ويقول صاحبان أيضاً بصحة زواجه على أساس أن عبارته كعبارة الهازل ، والزواج لا يبطله الهزل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدهن جد وهزلن جد : النكاح والطلاق والاعتاق » . ولكنهما قيذا زواجه بمهر المثل ، فليكونه هازلاً تفسد التسمية وإذا فسدت التسمية وجب مهر المثل . وإن طلق قبل الدخول وجب نصف المسمى لأن التسمية صحيحة في مقدار مهر المثل ^(١) .

(١) شرح العناية على الهداية بهامش تكملة فتح القدير ج ٧ ص ٣٢٣ .

ويرى الشافعي أن الحجر على السفية كالحجر على الرقيق لا ينفذ منه أى تصرف إلا الطلاق ، فلا يجوز له أن يتزوج بنفسه بل يقوم وليه بتزويجه . أما إذا طلب السفية الزواج وامتنع وليه فتزوج بنفسه ففي ذلك وجهان : أحدهما أن الزواج باطل لأنه زواج بغير إذن الولي والزواج بغير إذن الولي باطل . وثانيهما أن الزواج صحيح ، إذ ما دام السفية محتاجاً إليه فإنه يصبح حقاً واجباً له . فإذا امتنع وليه عن تزويجه جاز له أن يستوفيه بنفسه ^(١) .

وقال بعض الشافعية أن المولى أن يأذن للسفية بالزواج . وإذا أذن له يجب أن يعين له من يتزوجها لئلا يتزوج بشريفة يكثر مهرها ونفقتها فيتضرر بذلك ^(٢) .

وفرق الحنابلة بين ما إذا كان السفية محتاجاً إلى الزواج أو غير محتاج إليه : فإن احتاج إليه صح زواجه بدون إذن وليه ، لأنه ذو مصلحة محضة في النكاح سواء احتاجه لمتعة أو لخدمة ولكنه يتقيد بمهر المثل . وإن لم يكن بحاجة له لم يجوز تزوجه إذ يلزمه بالنكاح حقوق مالية من مهر ونفقة .

وأجاز بعض الحنابلة لولي السفية أن يزوجه بغير إذنه بحجة أن النكاح عقد معاوضة فيملك الولي مباشرته في حق المولى عليه كما في البيع والاجارة .

ولكن هذا القول مردود لأن إجبار السفية على النكاح يلحق به ضرراً شديداً إذ يستطيع أن يطلق إثر تزوجه ما دام كارهاً للزواج ، فيلزمه المهر والنفقة ، ولا يجوز القياس على حالة الصغير لأن الأخير محروم من الطلاق ^(٣) .

وفي مذهب مالك قولان — فيرى ابن الماجشون أنه لا يجوز للولي إجبار

(١) المهذب ج ١ ص ٤٢

(٢) يرى ابن قدامة أنه يجوز للأذن بغير تعيين ولكن يتقيد بمهر المثل : الشرح الكبير ج ٧ ص ٣٦٩ .

(٣) المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٣٩٧ .

السفيه على النكاح بغير إذنه بينما يرى ابن القاسم أن ذلك جائز عليه ولو بغير إذن^(١).

ثانياً — الطلاق : اتفق جميع أئمة المسلمين على أن للسفيه وحده حق إيقاع الطلاق ولا يستطيع أن يباشره عنه وليه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « الطلاق لمن بيده الساق »^(٢).

ولقد انتقد البعض تخويل السفيه حق الطلاق بحجة أنه ليس بأهل في قليل من المال أو كثيره ، فكيف يكون أهلاً للتصرف في عصمة زوجته وبحجة أن الطلاق يترتب عليه أعباء مالية ليس السفيه أهلاً لتحملها^(٣). ولكننا نرى أن هذا النقد مردود ، إذ ما دام السفيه يملك الزواج فهو يملك الطلاق ، والقول بغير ذلك يعتبر مخالفة صريحة للحديث القائل بأن الطلاق لمن بيده الساق . وما الذي يمنع من أن يتصرف السفيه في عصمة زوجته ما دام كل من الفاسق والهازل والسكران يستطيع ذلك ؟.

ضلع السفيه والسفيرة : إذا كانت الزوجة سفية واختلعت من زوجها وقع الطلاق ولم يجب المال لأن بدل الخلع تبرع والسفيرة ليست من أهل التبرع . أما وقوع الطلاق فيرجع إلى أن الخلع يتم بتلاقى القبول بالإيجاب ولا يتوقف على وجوب البذل . وهناك رواية ضعيفة تقضى بأن الطلاق لا يقع لأنه معلق على البذل لا على القبول^(٤).

أما إذا كان الزوج هو السفيه وقبض عوض الخلع لم يصح قبضه لأنه تصرف في مال ، فلو أتلفه أو تلف في يده لم يضمن ولا تبرأ المرأة بدفعه إليه^(٥).

(١) العقد المنظم للأحكام ص ٦١ بهامش تبصرة الحكم .

(٢) راجع بداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٣ .

(٣) هاشم منها ، الموسوعة الحسينية ص ٦ - ٥ .

(٤) راجع أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص ٣٣٣ .

(٥) كشاف القناع ج ٢ ص ٢٢٧ .

ثالثاً — إقراره بالنسب : السفيه كالبالغ يؤخذ بإقراره بالنسب إذا لم يكن في إقراره تحميل النسب على الغير . وإذا ثبت عسر من أقر لهم بالنسب وجبت عليه النفقة في ماله . أما إذا أقر بعسرهم فلا تجب عليه النفقة إلا إذا قامت بينة على ذلك ، لأن الإقرار باعسارهم إقرار بوجود المال عليه فلا يؤخذ به .^(١)

وفي القانون المصري تعتبر تصرفات السفيه غير المالية صحيحة ، أخذاً بالسائد في الشريعة الإسلامية ، محجوراً عليه أو غير محجوراً عليه .

وتطبيقاً لذلك حكم بأن الرأي الذى يطابق نظام الحجر في ذاته والغرض منه والذى يتفق مع الشريعة الإسلامية يقضى بالتفرقة بين ما يعتبر من الحقوق الشخصية المحضة والتي لا تجرد الشخص من أمواله كالزواج والطلاق والتبني ، وبين التصرفات التي تجرده من أمواله ، فالتصرفات الأولى يجوز للسفيه مباشرتها ولو بعد الحجر ، أما التصرفات الثانية فلا يستطيع مباشرتها بعد الحجر^(٢) .

(ثانياً) التصرفات المالية

الراجح في المذهب الحنفى هو إلحاق السفيه المحجور عليه في تصرفاته المالية بالصبي المميز . فالتصرفات الضارة باطلة والدائرة بين النفع والضرر موقوفة على الإجازة ، إن وجد فيها الحاكم مصلحة أجازها وإن لم يجد أبطلها . ولقد أقرت هذا الحكم المادة ٩٩٠ من المجلة فقالت « السفيه المحجور هو في المعاملات كالتصغير المميز ولكن ولى السفيه الحاكم فقط وليس لأبيه وجده وأوصيائه عليه حق ولاية » ونصت المادة ١١٥ مدنى مصرى على أنه « إذا صدر تصرف من ذى الغفلة

(١) حاشية شهاب الدين الشلبى بهامش التبيين ج ٥ ص ١٩٧ والمبسوط ج ٢٤ ص ١٧١ .

(٢) محكمة استئناف مصر — ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ — رقم ٣٤ — ص ٥٠
السنة الثانية عشرة .

أو من السفينة بعد تسجيل قرار الحجر سري على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام » .

(١) تصرفات السفينة بعد الحجر عليه

الحق المشرع المصرى ، بصفة عامة ، السفينة المحجور عليه بالصبي المميز أخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية . واتبع التقسيم الذى توخته الشريعة فيما يتعلق بأهلية الصبي المميز ؛ فقسم تصرفاته ثلاثة أقسام : الأولى تصرفات نافعة نفعاً محضاً ، والثانية تصرفات ضارة ضرراً محضاً ، والثالثة تصرفات دائرة بين النفع والضرر^(١) .

أولاً . — التصرفات النافعة نفعاً محضاً : هى التصرفات التى يترتب عليها اغتناء من يباشرها دون أن تفقر من ذمته المالية كقبول الهبة والصدقة وقبول الكفالة ويجوز للسفينة مباشرة هذه التصرفات وتنفيذ دون حاجة إلى إجازة وليه ، ذلك أن التصرف يحقق النفع ، فلا يجوز للولى رفضه ، لأن الرفض فيه إضرار بالحجور عليه ، لذلك لا يملكه الولى . وما دام الولى لا يستطيع رفض هذه التصرفات ، فلا حاجة لإجازته .

ويصلح السفينة أن يكون وكيلها عن غيره فى جميع عقودها وتصرفاته لأن عبارته صالحة لإنشاء العقود والتصرفات ولن يلتزم بآثار العقد لأن هذه الآثار تنصرف إلى الموكل دون الوكيل^(٢) .

(١) يلاحظ أن العبرة دائماً بأصل التصرف ، لا بما يتمتع عنه من نفع أو ضرر . لذلك يعتبر البيع دائماً عقداً دائراً بين النفع والضرر ولو اتفق أن تمتص عنه نفع .

(٢) المبسوط ج ٢٤ ص ١٨٠ . الحقيق ، المعاملات الشرعية ص ١٠٦ . وأبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص ٢٩٠ .

ثانياً — التصرفات الضارة ضرراً محضاً : وهى التصرفات التى يترتب عليها افقار ذمة الشخص المالية بلا مقابل كالهبة والوقف والوصية والابراء من الدين . والقاعدة هى أن السفية لا يستطيع مباشرة هذه التصرفات لأن وليه لا يستطيع مباشرتها ، لما فيها من ضرر محقق من غير احتمال نفع ، ومن ثم لا يستطيع اجازتها انتهاء ، لذلك لا تصلح عبارة السفية لإنشاء هذه التصرفات . واستثنى الفقهاء الشرعيون والقانون المصرى من الاعددة السابقة الوصية والوقف .

١ — الوصية : رأى الغالب فى الشريعة الإسلامية يقضى بصحة وصية السفية فهى جائزة فى مذهب مالك^(١) . وفى مذهب الشافعى قولان^(٢) . وفى مذهب أحمد تصح وصية السفية فى أصح الوجهين . فقد جاء فى الشرح الكبير^(٣) « المحجور عليه للسففة تصح وصيته فى قياس قول أحمد . وهو قول الأكثرين ، لأنه عاقل مكلف فصحت وصيته كالرشيد ولأن وصيته محض مصلحة من غير ضرر ، لأنه إن عاش لم يذهب من ماله شئ ، وإن مات فهو محتاج إلى الثواب فصحت وصيته كعبادته . وفيه وجه آخر أنها لا تصح ، حكاه أبو الخطاب لأنه محجور عليه فى تصرفاته ، فلم تصح منه كالهبة » .

ويرى الصاحبان أن وصية السفية باطلة قياساً على سائر تبرعاته ، إلا أنها جائزة استحساناً إذا كانت فى القرب وأبواب الخير . وليس فى الوصية إضرار به لأنه إن عاش فالمال على مملكته وإن مات نال الثواب والذكر الحسن ، كما أنها لا تلحق ضرراً بالورثة ذلك أن حقهم محفوظ فى ثأى التركة . أما إذا كانت الوصية فى غير سبيل الخير فلا تنفذ^(٤) .

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٤ .

(٢) المهذب ج ١ ص ٤٥٦ .

(٣) الشرح الكبير ج ٦ ص ٤١٦ .

(٤) البردوى ج ٤ ص ٣٩٥ .

ولقد أجاز القانون المصرى وصية السفية والعصى المميز إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره . إنما اشترط لذلك اذن المحكمة .

ولقد انتقد الأستاذ أبو زهرة ^(١) هذا التقييد « إذ قد تكون الوصية فى وقت لا مجال فيه للاستئذان والإذن كأن يكون السفية مشرفاً على الموت ويريد الإبقاء ببعض أمواله فى أعمال العسر فيفوته ذلك الخير الذى يبتغيه والذى يصيب الفقراء والمحتاجين . ولا نجد مبرراً لهذا التقييد الذى اشتمل عليه القانون ونحن نميل إلى آراء الفقهاء (التى تقرر صحة وصية السفية) . ولو أننا أردنا طريقاً وسطاً بين القانون والفقهاء قلنا أن تصرفاته تنشأ بمحض إرادته . ولكن المحكمة الحسبية إبطالها إذا كانت فى غير سبيل الحق أو الخير .

٢- الوقف : الوقف من التصرفات الضارة ضرراً محضاً لأن فيه إخراج المال من ملك الواقف ، لا إلى ملك أحد ، فهو تصرف تبرعى محض ؛ لذلك لا يجوز أصلاً إلا من كامل الأهلية . ولكن الفقهاء استحسنوا وقف السفية على نفسه ومن بعده على ذريته ثم على جهة بر . وكان مقتضى القياس اعتبار وقفه باطلاً كما هو الحال بالنسبة لساثر تبرعته . ومقتضى الاستحسان اعتبار وقفه باطلاً ؛ كما هو الحال بالنسبة لساثر تبرعته . ومقتضى الاستحسان اعتبار وقفه صحيحاً لأن وقف السفية على نفسه ومن بعده على ذريته يتلاءم مع طبيعة الحجر عليه ، إذ فيه حفظ لماله من الضياع ومنع له من الإسراف والتبذير فيه ، وليس فيه إضرار بورثته ^(٢) .

ولقد أقر القانون المدنى وقانون المحاكم الحسبية الملغى صحة وقف السفية المحجور عليه متى أذنته المحكمة . ولم يرد فى قانون الولاية على المال نص يخول للسفيه هذا الحق . وذلك راجع إلى أن الوقف الأهلى أصبح الآن غير جائز ،

(١) شرح قانون الوصية ص ٥٦ .

(٢) الحقيق ، المعاملات الشرعية ص ١٠٩ ، أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ،

وبذلك تكون قد انتفت الحكمة التي من أجلها أجاز للسفيه المحجور عليه وقف أمواله .

ثالثاً — التصرفات الدائرة بين النفع والضرر : هذه التصرفات تتراوح بين النفع والضرر ، فيها إثماء للذمة المالية من ناحية وإفكار لها من ناحية أخرى ، كالبيع والإجارة والقسمة والصلح والتأجير والاستئجار . وهي تنشأ بعارة السفيه ولكنها تكون موقوفة على الإجازة . (قابلة للأبطال في القانون المصري) أما أنها تنشأ بعارة السفيه ، فذلك لأن عبارته صالحة لإنشاء هذه التصرفات لما فيها من توفر القصد إلى معانيها . ولقد اعتبرت عبارته في هذه التصرفات لما قد يترتب عليه من نفع في بعض الأحوال . أما أنها موقوفة على الإجازة فذلك لأنه قد يترتب عليها ضرر في أحوال أخرى ، والسفيه ذو تدبير فاسد وإرادة ضعيفة لا تقدر عواقب الأمور ، فيخشى عليه من مغبة هذه التصرفات ، ولهذا كان لا بد أن ينضم إليه وليه ، إن رأى في التصرف خيراً أجازة فينفذ وإلا رفضه فيبطل . ويشترط لصحة الإجازة أن يكون الولي ممن يملك إنشاء التصرف ونفاذه في حق المولى عليه . لذلك لا يستطيع القيم في القانون المصري أن يجيز عقد بيع أبرمه السفيه لأنه لا يستطيع مباشرة هذا التصرف بنفسه ، إنما تكون الإجازة من المحكمة .

الفروق بين السفيه المحجور عليه والسفي المميز

تتلخص الفروق بين السفيه والسفي المميز في المذهب الحنفي والقانون المصري فيما يلي : —

١ — يجوز للسفيه ، دون السفي المميز ، أن يباشر التصرفات الشخصية المحضة كالزواج والطلاق والاقرار بالنسب .

٢ — وصية السفي المميز باطلة في المذهب الحنفي ، أما وصية السفيه فصحيحة . وقد أجاز القانون المصري وصية السفي المميز البالغ من العمر ثمان عشرة سنة ووصية السفيه ، إنما اشترط إذن المحكمة بذلك .

٣ — الوقف غير جائز من الصبي المميز ، وصحيح من السفية إذا كان على نفسه ثم على ذريته .

٤ — في الإذن بالاتجار : يجوز للوصى أن يتصرف في مال الصبي ، ومن ثم يجوز أن يأذن له بالتجارة فيعطيه بعض ماله لبيع أو يشتري . فإذا أ تلف المال فإن الوصى لا يسأل .

أما تصرف الوصى في مال المحجور عليه فيعتبر باطلا ، لذلك لا يجوز أن يأذن له بالتجارة ، فإذا أعطاه بعض ماله وهو عالم أنه مفسد فإن الوصى يضمن ما يتلفه السفية^(١) . وإما يجوز للقاضي أن يأذن للسفيه بالاتجار ويكون ذلك اخراجاً له من الحجر في التجارة خاصة ويبقى على الحجر فيما عدا ذلك . لذلك تبطل تبرعاته ولا يجوز شراؤه بما لا يتغابن الناس فيه .

وللقاضي تقييد الإذن الصادر منه للسفيه بالاتجار . ولكن ليس للوصى تقييد الإذن الصادر للصبي . ولقد ورد هذا المعنى في المبسوط^(٢) إذ جاء فيه « لو قال القاضي في السوق بمحضر أهلها أو بمحضر من جماعة منهم قد أذنت لهذا في التجارة ولا أجز له منها إلا ما أعلم أنه اشترى أو باع بيمينه . فأما ما لا يعلم إلا بإقراره فإني لا أجزه عليه ، فالأمر على ما قال القاضي من ذلك لأن تقييده فك الحجر عنه بما يقيده به ويرجع إلى النظر له ، والقاضي مأمور في حق السفية بما يكون فيه توفير النظر له ، واندفع الضرر عن الناس من هذا القيد بإشهاره كما أشهر الإذن . وهذا بخلاف الغلام المصالح الذي لم يبايع يأذن له أبوه أو وصيه في التجارة على هذا الوجه أو العبد يأذن له مولاه على هذا الوجه حيث لا يلزمهم ، وما أقروا به مثل ما يلزمهم بانبينة لأنه ليس للولي ولاية تقييد الإذن بما قيده مع بقاء أصل الإذن ، فيأخوا بقيده . والسبب في ذلك أن الإذن للمحجور عليه على وجه

(١) أبو زهرة شرح قانون الوصية ص ٥٦ .

(٢) المبسوط ج ٢٤ ص ١٨٢ .

النظر وفي التقييد توفير النظر فيستقيم من القاضي . وفي حق من كان مأموناً على ماله أو في حق العبد ليس في هذا التقييد معنى ، بل هو تقييد غير مفيد »

ولم ينص القانون المصرى على جواز الإذن للمحجور عليه بالتجار . والرأى الراجح عدم جواز ذلك لأن التجارة تتضمن مخاطر كبيرة يجب أن يبتعد عنها المحجور عليه . وليس له أن يباشر أى عمل تجارى وإلا كان العمل باطلاً بطلاناً مطلقاً . لذلك يعتبر توقيعه على الكمبيالة عملاً مدنياً ويجوز له أن يحتاج بنقصان أهليته على الحامل حتى ولو كان حسن النية ^(١) .

ويجوز للمحكمة أن تأذن للقيم بالتجارة فيعتبر المحجور عليه تاجراً وبذلك يمكن إشهار إفلاسه إذا توقف عن الدفع وتسرى عليه قواعد الإفلاس ، ولكن لا يجوز الحكم عليه بالعقوبات الخاصة بجرائم الإفلاس لعدم مباشرته التجارة بنفسه ^(٢) .

الاذن للسفيم بالادارة

نصت المادة ٤٣ من الكتاب الأول من قانون الحاكم الحسبية الملغى على أنه يجوز للمحجور عليه لسفه أو الغفلة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها إذا أذنته المحكمة بذلك . ولقد جاءت المادة ١١٦/٢ مدنى في هذا الصدد قاصرة فقط على المحجور عليه لسفه ، فنصت على أن تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحكوم عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمها القانون . ومع كل فن المتفق عليه

(١) راجع أمين بدر ، الأوراق التجارية ص ٥٢ . ويلاحظ أن البطلان قاصر على الالتزام الصرفى دون الالتزام الأسمى الذى أدى إلى التوقيع على الكمبيالة ، إذ يبقى الالتزام الأخير خاضعاً لحكم القواعد العامة من حيث الصحة والبطلان .

(٢) راجع العريف ، شرح القانون التجارى ، ج ١ ص ٦٧٤ .

أنه يجوز الإذن لدى الغفلة بإدارة أمواله . ذلك أن مشروع القانون المدني سبق مشروع قانون المحاكم الحسبية إلى مجلس الشيوخ فلم يتمكن من التنسيق بين هذين القانونين في هذه المسألة فوجب أعمال نصوص كل منهما . ولقد أكد قانون الولاية على المال المساواة بين السفية وذى الغفلة المحجور عليهما فنصت المادة ٦٧ منه صراحة على جواز إذن المحكمة لها بتسلم أموالها كلها أو بعضها لإدارتها .

ولما ذن له بالإدارة أن يفي ويستوفي الديون المترتبة على هذه الأعمال ، ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة ولا أن يفي الديون الأخرى ولو كانت ، ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى فيما يملكه من ذلك . ولا يجوز للمأذون له أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً (مادة ٥٦ من قانون الولاية على المال) .

ولا يجوز طلب الإذن بالإدارة إلا بعد فترة من تاريخ قرار الحجر حتى يتعرف على أحوال المحجور عليه . لذلك حكم بأنه « إذا طلب المحجور عليه الإذن له بإدارة أمواله كلها أو بعضها بمجرد توقيع الحجر عليه فلا يجوز للمحكمة إجابته إلى طلبه . ذلك لأنه يجب أن يدير القيم تلك الأموال مدة كافية يتعرف بأحوال المحجور عليه حتى إذا ما أحس أن المحجور عليه غير ما فى نفسه وأنه يتجه نحو كمال أهليته فإن المحكمة فى سبيل بحث طلبه تستشير بالقيم ومعلوماته التى تلقى الضوء على الطلب تمهيداً للفصل فيه » ^(١) . وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض (مادة ٥٥ من قانون الولاية على المال) .

(١) محكمة قنا الاستئنافية الحسبية فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ . المحاماة العدد الخامس
السنة الحادية والثلاثون .

(ب) تصرفات السفه بعد الحجر .

اضطربت الأحكام عندنا . فبعض المحاكم أخذت برأى محمد القائل بأن الحجر للسفه كالحجر للعته يثبت بقيام السبب نفسه ، لا بحكم القاضي ، ويرجع إذن للتصرفات التي أدت إلى الحجر . فإذا اقترض شخص مبالغ طائلة ثم باع أطيانه على حالة مروعة من الخسارة فهو سفه حكا وقرار الحجر جهله سفها شريعا وعلى ذلك يجب أن يرجع أثره للتصرفات التي أدت إلى الحجر ما دام الشرع يشمل هذا الرأي في السفه (أى الإمام محمد ^(١)) .

وحكمت محكمة استئناف مصر بأن الحجر لسفه لا ينتج عادة إلا من تاريخ الحكم ولو أن هناك حالات يصح فيها رجوع أثره إلى الماضي ^(٢) . كما حكمت أيضا بأنه من المبادئ المقررة أن البيع الصادر من قاصر يكون ملغى حتما ويكون باطلا أيضا إذا صدر من البائع السفه . وأن الحكم بالحجر على من بلغ سفها لا يعد حجرا جديدا بل هو استمرار للحجر فلا تصح بناء عليه جميع التصرفات السابقة واللاحقة لهذا الحكم .

ومعظم المحاكم عندنا أخذت برأى أبى يوسف القائل بأن الحجر للسفه لا يثبت إلا بحكم القاضي . وقد أصدرت محكمة النقض حكما حديثا قررت فيه هذا النظر فقالت « إن قرار الحجر للسفه ليس له أثر إلا من تاريخ صدوره فلا ينسحب على التصرفات السابقة عليه ما لم تكن قد حصلت بطريق الغش والتواطؤ . وليس بصحيح ما ينتهى إليه الحكم المطعون فيه من أن اقرار الحجر أثرا رجعيا أخذاً برأى الإمام محمد على اعتبار أنه أرجح الآراء في مذهب

(١) استئناف ٣٠ — ٥ — ١٩٠٥ استقلال ١ ص ٤٥٩ والفتاوى الهندية ج ٥ ص ٥٥ .

(٢) استئناف مصر ١١ يونيو سنة ١٩١٨ مجموعة رسمية س ٢٠ عدد ٦ .

أبى حنيفة . فإن الفتوى على مذهب الإمام أبى سيف ^(١) .

والظاهر أن الحاكم كانت تأخذ بهذا رأى أو ذاك تبعاً لما تراه محققاً للعدالة فى القضية المطروحة أمامها بحسب ظروفها وملابساتها . ويبين ذلك بما قررته محكمة استئناف مصر فى حكم لها فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ فقالت : « إذا كان معظم الفقهاء يرجحون رأى أبى سيف وأن عليه الفتوى وأغلب أحكام الحاكم ، إلا أن المحكمة التى قصدها هؤلاء جميعاً وهى إقرار المعاملات والنظر لصالح المتعاملين مع المحجور عليه المفروض فيهم حسن النية لعدم وجود مظاهر تدل على الغفلة أو السفه ، هذه المحكمة إذا تحققت فى العقود العوضية فإنها معدومة فى التبرعات الخصة . ولذا يجب استعراض ظروف كل قضية والأخذ بالرأى الذى يتعين أنه أقرب إلى تحقيق العدالة وأحفظ لمصلحة المحجور عليه ^(٢) .

ولقد قنن القانون المدنى الجديد ما استقرت عليه أحكام الحاكم فنص فى المادة ١١٥/٢ على أن « التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » .

١ — الاستغلال : قد ينتهز شخص فرصة تبذير آخر فيحمله على إبرام تصرف ما للحصول على مزايا خاصة . فيجب لإبطال هذا التصرف إقامة الدليل على علم من تعاقد مع السفه بحالة السفه . كما يجب أيضاً إقامة الدليل على أنه انتهز هذه الحالة للحصول على مزايا خاصة .

٢ — التواطؤ : قد يشعر السفه بأن هناك طلباً مزعماً تقديمه للحجر عليه . فيتفق مع آخر على إبرام تصرف ما بقصد الإفلات من أثر الحجر . فرد عليه المشرع قصده ونص على أن هذا التصرف يعتبر باطلاً أو قابلاً للإبطال .

(١) نقض ٢١ مايو سنة ١٩٥٠ .

(٢) المحاماة رقم ٢١٨ من ٥٠٠ — السنة السادسة عشرة .

ويجب على المحكمة أن تبين في أسباب حكمها أن من تعامل مع السفينة كان عالماً بسفينة وأنه كان متواطئاً في تعامله معه لتفويت آثار حبر كان متوقفاً^(١) . واستخلاص الأسباب التي تدل على التواطؤ مسألة موضوعية خارجة عن رقابة محكمة النقض . وتطبيقاً لذلك حكم بأنه « إذا كان ما استخلصته المحكمة من عدم وجود الدليل على تواطؤ الزوجة المتصرف لها مع زوجها المتصرف وقت انعقاد البيع المطعون فيه لصدوره قبل تقديم طلب الحبر ، ولأن إيراد المتصرف لم يكن يكفي لنفقات معيشته مما اضطره للتصرف في أطيانه كما تشهد بذلك العقود الأولى الصادرة منه ، فضلاً عن أن حالة الزوجة المالية تمسكها من دفع الثمن . ثم ما أوردته من عدم التعويل على قرينة العلاقة والمعاشرة الزوجية في الاستدلال على هذا التواطؤ ، كان هذا منها استخلاصاً موضوعياً جائزاً مما تستقل به المحكمة دون رقابة عليها من محكمة النقض ولا يكون ثمة وجه للطعن على حكمها بالقصور^(٢) » .

وقضت محكمة النقض أيضاً^(٣) بأنه « إذا كانت محكمة الموضوع قد أبانت ظروف التصرف الصادر من المتصرف قبل توقيع الحبر عليه للسفينة وفي فترة طلب الحبر ، واستدلّت بها على أن المشتري غشوه فذهبوا به بعيداً عن بلدتهم حتى لا ينكشف أمرهم ، وهم على علم بالإجراءات المتخذة لتوقيع الحبر عليه ، لكي يتم بيع العين لهم قبل صدور قرار المجلس الحسبي بالحبر فإتقاد لهم حتى يقبض منهم قبل غل يده ما دفعوه له من ثمن ثم قضت بإبطال التصرف ، فإنها تكون أقامت قضاءها هذا على مقدمات تنتج عنه وهي قيام التواطؤ بين المتصرف لهم

(١) محكمة النقض ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام محكمة النقض المدنية السنة الأولى ص ٤٩١ .

(٢) محكمة النقض المدنية في ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ في القضية رقم ٢٠٦ لسنة ١٨ مجموعة أحكام محكمة النقض المدنية ص ٥٤٦ السنة الأولى .

(٣) محكمة النقض ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٧ ص ٢١٣ .

والتصرف مع علم المتصرف لهم بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه وانهازهم فرصة سفهه للاثراء من ماله حين كانت الاجراءات القانونية تتخذ لحمايته ، ومتى كانت القرائن التي أخذت بها محكمة الموضوع في إثبات علم المشتري بحالة سفه البائع مؤدية عقلا إلى ما انتهت إليه من ذلك ، فلا شأن لمحكمة النقض معها . وقضت محكمة النقض أيضا^(١) « بأنه إذا تعاقد شخص بعقد عرفي على البيع ، فلما علمت زوجته بذلك طلبت من المجلس الحسبي توقيع الحجر عليه ، وأرسلت إلى المشتري إنذاراً حذرته فيه من إتمام الشراء لأنها طلبت الحجر على البائع فلم يعبأ ونفذ الشراء بالعقد العرفي عن طريق عقد رسمي ، وقرر المجلس الحسبي بعد ذلك توقيع الحجر ثم حكمت المحكمة بصحة العقد ، وأوردت في حكمها ظروف التعاقد وملايساته على الوجه المتقدم ، واستخلصت منها استخلاصا سليما ان العقد لم يتم عن تواطؤ وغش ، وأن البيع قد انعقد قبل الحجر بالعقد العرفي وأن العقد الرسمي اللاحق لم ينشئ البيع بل كان تنفيذا للعقد العرفي فإن هذا الحكم يكون سليما من الناحية القانونية » .

أثر قرار الحجر على أهلية السفه

نرى أن السفه وحده لا تأثير له على أهلية الشخص . ويتضح ذلك من الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، إذ أشارت إلى أن السفه لا يقرر نقص أهليته إلا بالحجر^(٢) . فقرار الحجر وبعبارة أدق تسجيله هو الذي ينتقص من هذه الأهلية . والدليل على ذلك أن المشرع لم يلحق تصرفات السفه بتصرفات الصبي المميز إلا إذا كانت صادرة بعد تسجيل قرار الحجر . ويتبين ذلك من نص المادة ١١٥/١ مدني حيث قررت أنه « إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفه

(١) نقض مدني ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ ص ٣٨٥ .

(٢) الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ١ ص ٣٦٠ .

بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام». وعلى ذلك تكون تصرفات السفينة المحجور عليه باطلة إذا كانت من التصرفات التي لا يجوز له مباشرتها أصلاً (الضارة ضرراً محضاً) وتكون قابلة للإبطال إذا كانت من التصرفات التي تلحقها الإجازة (الدائرة بين النفع والضرر).
حقاً إن الفقرة الثانية من المادة السابقة أبطلت وأجازت إبطال التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر في حالتي التواطؤ والاستغلال. ولكن البطلان هنا تطبيق لفكرة محاربة التحايل على القانون أو الغش، فالحق المشرع هذه التصرفات بالتصرفات الصادرة بعد تسجيل قرار الحجر، ورد بذلك على من تعامل مع السفينة سوء قصده. ولو كان السفينة معتبراً ناقص الأهلية قبل تسجيل قرار الحجر لاكتفى المشرع بإبطال تصرفاته بإقامة الدليل على توفر السفينة وقت إبرام التصرف، ولما استلزم ضرورة إقامة الدليل على توفر الاستغلال أو التواطؤ.

وأكدت محكمة النقض المدنية في حكم حديث لها هذه الأحكام السابقة فقررت أن قرار الحجر ليس له أثر إلا من تاريخ صدوره فلا ينسحب على التصرفات السابقة عليه ما لم تكن قد حصلت بطريق الغش والتواطؤ، والفتوى في هذا الخصوص على رأى أبي يوسف وحاصله أن تصرفات السفينة قبل الحجر نافذة (نقض ١١ مايو سنة ١٩٥٠).

ولقد رتب المشرع على تسجيل طلب الحجر نفس الآثار المترتبة على تسجيل قرار الحجر إذا لم يكن الطلب قد سجل. ونصت على هذا الحكم المادة ١٠٨ من قانون المحاكم الحسبية. ونصت عليه أيضاً المادة ١١٩ من مشروع القانون المدني الجديد ولسكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفها — لا لعدم موافقتها على ما جاء بها — بل لأنها حكم تفصيلي ورد في قانون المحاكم الحسبية.^(١)

الفصل الثاني

الغفلة

الغفلة والنزاهة

الغفلة ضد الذكاء . والذكاء في اللغة هو التمام . فالذكاء في السن هو تمام السن . وذكىتم النار إذا أتمت إشعالها . والذكاء في الفهم سرعته وتمامه ^(١) . ولقد عرف علماء النفس الذكاء تعريفات متعددة لا تختلف في جملتها عن معناه اللغوي . ف قيل إنه القدرة على القيام بعمليات التفكير العليا وخاصة التفكير المجرد أى التفكير فى العلاقات البشرية كالمروءة والشهامة والرزيلة . وقيل إنه القدرة على تحقيق التكيف بين الشخص وبين المواقف الجديدة ، أى قدرته على معالجة الحالات التى لم يتعودها ^(٢) .

من هذه التعريفات يتضح لنا أنه يلزم لوصف الشخص بالذكاء أن يكون سريع الفهم لمعانى الكلام بحيث يستطيع أن يكسب أكبر قدر من المعارف فى أقصر وقت فيمكنه الانتفاع بها لحل المشاكل التى تعرض له .

ولنفصيل ذلك نقول : إن للفهم بداية وتاما . بدايته الفطنة أى ابتداء القدرة للتنبيه على المعنى ، ونهايته الذكاء . فإذا وصل إلى أقصى سرعة ممكنة وصف الشخص بأنه ألمعى ، فإذا أضيف إلى الذكاء شئ من الإلهام وصف بأنه عبقرى . ويقابل المراتب السابقة فى الفطنة والفهم والذكاء والألمعية والعبقرية مراتب الغفلة والغباء والبلادة والبله والعتة .

والذكاء صفة نسبية تختلف باختلاف الأشخاص . ومعيار الحكم على وجود

(١) ابن الجوزى ، كتاب الأذكىاء ص ٦ .

(٢) أيوغره ، مقال فى مجلة علم النفس ، عدد فبراير سنة ١٩٤٦ ص ٣٥٥ - ٣٦٢ -

هذه الصفة وعدمها هو معيار مادي . فالذكي هو الذي يقوم بعمل يكون دون
ممتناول الشخص العادي .

ولقد وضع علماء النفس مقاييس معينة لاختبار نسبة الذكاء في الشخص ،
فحددوه بنسبة المستوى العقلي إلى العمر الزمني . وحددوا المستوى العقلي عن
طريق اختبارات معينة . فالأسئلة التي يجيب عليها ٧٠ ٪ من الأطفال عمرهم
الثامنة تعتبر المستوى العقلي لهذه السن . فالطفل الذي في سن الثامنة إذا حل هذه
الأسئلة يعتبر متوسط الذكاء بالنسبة لقرنائه . وإذا حل الأسئلة التي وضعت لمن
يكبره سناً يعتبر فذاً أو عبقرياً . وإذا عجز عن حل الأسئلة التي وضعت لمن
في سنه أو لمن دونه يدخل في فئة الأغبياء أو البلهاء ^(١) .

معرفة الغفلة في اصطلاح الأصوليين

يعرف الفقهاء الغفلة بأنها عدم الاهتمام إلى التصرفات الراجعة بسبب
البساطة وسلامة القلب ، الأمر الذي يؤدي إلى الغبن في المعاملات المالية ^(٢) .
ويتفق كل من السفيه وذو الغفلة في أن كلا منهما فاسد التدبير سيء
التصرف ، ولكنهما يختلفان في أن الأول متلف بينما الثاني ليس بقاصد للتللف ،
إنما يغبن في معاملاته لضعفه وقلة خبرته .

اختلاف الفقهاء في الحجب على ذي الغفلة

اختلف أئمة المسلمين في الحجب على ذي الغفلة . واحتج مثبتو الحجر
بقوله تعالى « فإن كان الذي عليه الحق سقيها أو ضعيفا » وقالوا إن المقصود
بالضعيف في الآية ذو الغفلة . كما احتجوا أيضا بحديث أنس ، إذ روى عنه أن
رجلا كان في عقدته ضعف وأن أهله أتوا النبي صلى الله عليه وسلم فنهاه ، فقال

(١) يوسف مراد ، مبادئ علم النفس ، ص ٢٩٢ .

(٢) رد المختار على الدر المختار ج ٥ ص ١٤١ والتبيين ج ٥ ص ١٩١ .

الرجل : يا نبي الله إني لا أصبر عن البيع ، فقال عليه السلام : إذا بعثت ققل لاخلاية^(١) . كما روى عن ابن عمر أن منقذا سقع في رأسه^(٢) مأمومة في الجاهلية فبليت لسانه فكان يخدع في البيع فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم : بع وققل لاخلاية ، ثم أنت بالخيار ثلاثا من بيعك . قال ابن عمر فسمعتة يقول إذا بايع لاخذاة لاخذاة . قال مثبتو الحجر إن هذين الحديثين يدلان على وجوب الحجر على من يخدع في التصرفات المالية .

ولكن هذا الاستدلال ضعيف ، ذلك أن الرسول لم يحجر على من يخدع في التصرفات المالية .

ولقد استدل نفاة الحجر بالأثرين السابقين وقالوا إنه لا دليل فيهما على الحجر ، بل بالعكس إنهما يدلان على امتناعه ، إذ لو كان الحجر واجبا لما كان قول الرجل لا أصبر عن البيع مانعا من الحجر . هل لو قال المجنون لا أصبر عن البيع لا يحجر عليه ؟

تحرير الغفلة في القضاء المصري

باستقراء أحكام القضاء المصري يتبين لنا أن الغفلة ضعف في الإدراك يجعل الشخص سهل الانخداع ولا يهتدى إلى التمييز الكافي بين النافع والضار في تصرفاته المالية ، وإليك بعض هذه الأحكام :

حكم بأنه « إذا كان الشخص سهل التأثير عليه وليس عنده من قوة الإدراك والتبصر ما يمكن معه المحافظة على أمواله ، وكان في درجة من الغفلة لا يؤمن معها توقع الضرر بمصلحته وجب الحجر عليه^(٣) » .

« المغفل هو سىء التصرف والتدبير سهل الانخداع لا يميز التمييز الكافي بين

(١) شرح العيني على البخارى ج ٢١ ص ٢٩٤ . والجامع الصغير للسيوطى ج ٢ رقم ٦٤٠٢

(٢) أى ضرب في رأسه فشيح حتى بلغت المأمومة ، وهى أم الدفاع . الحلى لابن حزم

ج ٨ ص ٢٩٦ .

(٣) حسبي عال ٢٩ أ أكتوبر ١٩٢٢ محاماة س ٣ ص ٣٤٢ ، رقم ٢٦٢ .

النافع والضار ولو أنه غير معتوه ويتخيل تخيلات كاذبة ولا يمكنه إدارة أملاكه بنفسه ولا يعلم ممتلكاته وإيراده^(١) .

« إذا ثبت من تقرير الطبيب الشرعى أن المطلوب الحجر عليها تنافز الثمانين من العمر وعندها مرض الجويتر وبها ضعف شيخوخى أثر فى قواها تأثيراً جعلها لا تدرك إدراكاً حسناً لما يحيط بها فهى لا تعرف أزواج بناتها كما أنها لا تعرف ما صدر منها من تصرفات ولا إلى من تصرفت . فبينما تنكر حيناً العقود الصادرة منها تعترف ببعضها على غير حقيقة مما يدل على ضعف قواها العقلية وحالتها على هذه الصورة مما يفتوى عليه معنى الغفلة الموجبة للحجر عليها إذ مثلها مما يسهل التأثير عليه^(٢) . »

« يعتبر من أسباب الحجر للغفلة شراء الشخص لأطيان مرهونة وسداده كل ثمنها مع علمه أنها مرهونة دون أن يحجز قيمة الرهن^(٣) . »
« ليس من الضروري أن يكون عند ذى الغفلة ضعف فى قواه العقلية يظهر للطبيب كحالة المعتوه^(٤) . »

لا يشترط توفر ركن العادة فى تصرف ذى الغفلة ليصح توقيع الحجر عليه لأنه قد يتصرف تصرفاً واحداً يؤدي بثروته أو بجزء عظيم منها ، والعبارة بثبوت الغفلة عنده وكفى ، سواء تبين ذلك من حادثة واحدة أو أكثر .

« لا يصح توقيع الحجر على إنسان بناء على سوء تصرفاته مع شخص واحد ولو تكررت لأن الحجر هو منع عن المعاملات مع جميع الناس ، ولا يصح توقيعه على إنسان تكون معاملاته رشيدة مع الجميع إلا مع شخص واحد ملك إرادته لسبب غير معلوم^(٥) . »

(١) حسى عال مرجع القضاء ٥٠٧٥ .

(٢) حسى عال ١٧/١٢/١٩٤٤ .

(٣) استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٣٩ محاماه س ٢٠ ص ٥٠٨ حكم ٢١٦ .

(٤) استئناف مصر محاماة س ٢٠ حكم رقم ٢١٦ ص ٦٠٩ .

(٥) حسى عال ١٩١٢ شرائع س ٢ ص ١٥١ .

ونحن نرى أن تحديد القضاء للغفلة بضعف الإدراك والتمييز يباعد بينهما وبين معناها في الشريعة الإسلامية ويقربها من العته مع التمييز ، لأن المعتوه المميز في الشريعة الإسلامية ضعيف الإدراك ، أما ذو الغفلة فكامل العقل والإدراك إلا أنه لا يهتدى إلى التصرفات المالية لقلة خبرته فيها ، لا لضعف في تمييزه ونقص في إدراكه .

وتفسير الغفلة على هذا النحو هو الذي حدا بمحكمة استئناف مصر إلى تقريب الغفلة من العته وإبعادها عن السفه . ويتبين ذلك جلياً من حيثيات حكمها الصادر في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٦ إذ جاء فيه « إن حالة الغفلة ترجع غالباً إلى ضعف في الإدراك العقلي ، فصاحبها لا يهتدى إلى التصرفات الراجعة فيغب في المعاملات كما أنه يكون ضعيف الإرادة فيسلس لقيادة ذوى الأطماع ، وهي كثيراً ما تكون حالة ظاهرة لا يخفى أمرها على من يتعامل مع المتصرف بها ، لذلك يكون من الحق والعدل أن تنسحب عليها القاعدة التي تنطبق على حالة العته وهي أن يكون أثرها في البله كأثر العته فيكون تصرف المغفل كتصرف المعتوه قابلاً للبطلان إذا صدر وقت قيام هذه الحالة ولو قبل صدور قرار الحجر بسببها . وإن الغفلة لا تختلف في طبيعتها عن العته وإن تفاوتت درجة ضعف الإدراك في الحالتين وهذا التوافق بين طبيعة كل من هاتين العلتين يسوغ إخضاعهما للحكم واحدهو إبطال أثر كل منهما في التصرف إذا صدر عن شخص متصرف بهذه الحالة » .

مقارنته بين السفه والغفلة

مما سبق يتبين لنا أن ذا الغفلة يختلف عن السفه في أن الأول ضعيف الإدراك لا يقدر على التمييز الكافي بين النافع والضار في معاملاته ، بينما الثاني كامل الإدراك يقدر ماينجم عن تصرفه من إضاعة لأمواله ، ومع ذلك يقدم عليه غير آبه بنتيجته نظراً لتسلط شهوة الإنلاف على إرادته . فالغفلة ضعف في الإدراك بينما السفه ضعف في الإرادة .

وحكم ذى الغفلة حكم السفه في جميع تصرفاته وفي الحجر عليه .

الفصل الثالث

أهلية النساء

في القانون الروماني

كانت المرأة في القانون الروماني القديم تحت الوصاية الدائمة طيلة حياتها ، وكان القدماء يعلمون هذه الوصاية بنقصان عقلها . ويشهد بذلك ما رواه جايوس (Gaius) بأن الاعتقاد الشائع في أيامه هو أن المرأة خفيفة العقل . ولكنه انتقد هذا الاعتقاد واعتبره تعليلا ظاهريا لا حقيقيا ^(١) . وعلاه البعض الآخر بضعف خلقها ، ولكنه تعليلا غير مقبول ولا يكفي لإخضاع المرأة لنظام الوصاية الدائمة . والواقع أن هذا النظام أثر من آثار الماضي حيث كان يساء الظن بصلاحية النساء لإدارة أموالهن ، إذ كان يخشى أن يبذدن الأموال التي ورثتها عن أسرهن بنقلها إلى أسر أخرى في حالة الزواج مع السيادة .

ولم يكن الوصي يتولى إدارة أموال المرأة بنفسه . بل كانت وظيفته قاصرة على إجازة التصرفات التي لا تستطيع القيام بها وحدها كعقد الديون والتنازل عنها بطريق غير رسمي ورفع الدعاوى وقبول التركة والزواج مع السيادة ونقل ملكية الأموال النفيسة ^(٢) . أما الأموال غير النفيسة فكانت المرأة تستطيع أن تتصرف فيها وحدها ، بخلاف الصبي ، دون حاجة إلى إجازة الوصي . ويلاحظ أن التصرفات التي أجاز لها الأفراد بها كانت قليلة جداً مما دعا البعض إلى القول بانعدام أهلية المرأة في القانون الروماني القديم ^(٣) .

(١) جايوس الأحكام ١ ، ١٩٠ .

(٢) القانون الروماني ، عبد المنعم بدر والبدرأوى ، ص ٢٢٨ .

(٣) بلانيول ، ص ١٠٨ ، نبذة ١٧٧٧ .

وأخذ نظام الوصاية على النساء ينحف تدريجياً حتى قضى عليه نهائياً في أوائل القرن الخامس الميلادي . ففي أواخر الجمهورية اقتصر نقص أهلية المرأة على التصرفات الرسمية فقط . أما غير ذلك من التصرفات فكانت المرأة تستقل بها وحدها دون حاجة إلى إجازة الوصي . وفي عهد الإمبراطور أغسطس صدر قرار بإنهاء الوصاية على المرأة التي تنجب ثلاثة أطفال إذا كانت حرة الأصل وأربعة إذا كانت معتقة ، وذلك تشجيعاً للزواج وزيادة النسل . وكان يجوز بقرار من الإمبراطور تحرير المرأة ولو لم يكن لديها هذا العدد من الأولاد .

وفي سنة ٤١٠ م صدر في عهد الإمبراطور تيودورز وهونوريوس قرار بمنح هذا الامتياز لجميع نساء الإمبراطورية ، وبذلك زال نظام الوصاية نهائياً . ولقد كانت المرأة الألمانية كزميلاتها الرومانية عديمة الأهلية فخفضت لوصاية أبيها وورثته من بعده طالما أنها لم تتزوج ، فإذا تزوجت خضعت لوصاية زوجها . ولقد اختفى نظام الوصاية على النساء تدريجياً حتى قضى عليه نهائياً بعد فتح الغال ^(١) .

في القانون الفرنسي

أما القانون الفرنسي فلم يعتبر الأنوثة وحدها سبباً كافياً لانعدام أهلية المرأة ، إذ قرر القانون المدني مبدأ المساواة بين الجنسين فيما يتعلق باكتساب الحقوق ومباشرتها ، إلا أنه استثنى قديماً بعض الحقوق التي اعتبرت مباشرتها مما يمس القانون العام فلقد حرم على النساء الشهادة على الأوراق الخاصة بالحالة المدنية والعقود الرسمية ^(٢) ، وألغى هذا التحريم بموجب القانون الصادر في ديسمبر ١٨٩٧ . كما حرم عليهن التوقيع على الكمبيالة ، وألغى هذا التحريم بموجب القانون الصادر في ٨ فبراير سنة ١٩٢٢ . كما أنه لم يكن في استطاعتهم أن يكن أوصياء أو قواماً — ما عدا الأم — ولا أن يكن أعضاء في مجلس الأسرة . وقد تعدلت

(١) أنظر كولان وكايتان ج ١ ص ٦٣٠ .

(٢) بلانيول ج ١ ص ٧٢٣ .

هذه القاعدة بموجب القانون الصادر في ٢٠ مارس سنة ١٩١٨ .
ولم يبق من مظاهر عدم المساواة بين المرأة والرجل إلا استثناء واحد وهو
تحریم تعامل المرأة في البورصة .

في الشريعة الإسلامية

الرأى السائد في الفقه الإسلامی هو مساواة المرأة بالرجل في الحقوق المالية.
يثبت لها ما يثبت له ويجب عليها ما يجب عليه .

غير أن نفرأ قليلا من الفقهاء قال بوضع النساء تحت الحجر لأنهن غير رشيدات.
ويدخلن في تعريف السفهاء في قوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ^(١) » .

وقال مالك في المشهور عنه أن المرأة في ولاية أبيها حتى تتزوج ويدخل بها
زوجها ويؤنس رشدها ، وإن كانت يتيمة فالوصى يستمر قائماً على أموالها حتى
تتزوج أو تنس . وحجته أن إيفاس الرشد لا يتصور من المرأة إلا بعد اختبار
الرجل لها لكونها في حال بكارتها محجوبة لا تعانى الأمور ولا تبرز للناس فخافت
بذلك الغلام وكان حاله غير حالها ، فإنه بقصره وملاقاته للناس من أول نشوئه
إلى بلوغه يحصل له الاختبار ويكمل عقله بالبلوغ إن أوتى منه الرشد ^(٢) . وروى
عن أصحاب مالك روايات مختلفة فقيل إنها في ولاية أبيها حتى تتزوج ويدخل بها
زوجها وتمر فترة معينة اختلفوا في تقديرها من عام إلى سبعة . ولقد انتقد ابن
رشد هذه الرويات فقال « واسكن هذه الأقاويل ضعيفة لمخالفتها للنص والقياس .
أما مخالفتها للنص فلا أنهم لم يشترطوا الرشد . أما مخالفتها للقياس فلا أن
الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه المدة المحدودة ^(٣) » .

(١) تفسير القرطبي لابن مطرف الكنتاني ج ١ ص ١١٥ . وتفسير الفخر الرازي ج ٣
ص ١٤٣ . وشرح العيني على البخاري ج ١٣ ص ١٥٠ . والمحلى لابن حزم ج ٨ رقم ١٣٩٤ .
ص ٢٨٨ .

(٢) أبو زهرة ، المكية ونظرية العقد ، ص ١٨٩ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٨١ . والبهجة في شرح التحفة ج ٢ ص ٢٨٢ وحلى المعاصم
للتاودي بهامش البهجة .

وروى عن عمر بن الخطاب وابن حنبل في رواية غير مشهورة ،
أنهما قالاً بأن الفتاة لا يدفع إليها مالها حتى تزوج وتلد أو يمضى عليها سنة بعد
الزواج . ولكن جمهور الفقهاء يرى أن المرأة كالرجل في أحكام الحجر والبلوغ
والرشد^(١) . أعنى أن الحجر ينتهى عنها ببلوغ الحيض وإيفاس الرشد تزوجت
أو لم تزوج ، وقال بذلك الأئمة الشافعى واحمد ابن حنبل في الرواية المشهورة عنه
وأبو ثور والنورى وعطاء بن المنذر وداود الظاهرى واتباعه .

من هذانرى أن رأى السائد فى الشريعة الاسلامية لا يعقبها الأئمة وحدها
سبباً من أسباب الحجر .

وإن اتفق جمهور المسلمين على تقرير سلطان ولاية المرأة على مالها إلا أنهم
اختلفوا فى ولايتها على نفسها وحقها فى الزواج وبتولى عقد الزواج .

هل الولي إيجاب المرأة على الزواج

(أ) بالنسبة للثيب البالغ — اتفق الفقهاء جميعاً على أنه لا يجوز تزويجها إلا
برضاها لقول الرسول عليه السلام « الثيب تعرب عن نفسها » . ولكنهم اختلفوا
فى حق الولي فى إيجاب البكر البالغ والثيب غير البالغ .

(ب) بالنسبة للبكر البالغ — يرى مالك والشافعى وابن أبى ليلى أن للأب
فقط أن يجبرها على النكاح ، ودليلهم قول الرسول عليه السلام « لا تفكح اليتيمة
إلا بإذنها » . ففهوم الخالف لهذا النص أن ذات الأب — بخلاف اليتيمة —
لا تستأذن فى الزواج . ويرى أبو حنيفة والثورى والأوزاعى وأبو ثور ومالك
فى أحد قوليه أنه لا بد من أخذ رضاها فى الزواج ، ودليلهم قول الرسول « البكر
تستأسر » وهذا النص عام يشمل ذات الأب وغير ذات الأب والعموم أقوى من
دليل الخطاب^(٢) .

(١) الأم ج ٣ ص ١٩٢ — ١٩٥ والمفتى ج ٤ ص ٥١٧ وشرح الخطاب على سيدى

خليل ج ٥ ص ٦٧ وشرح الخرشى ج ٤ ص ٢٠٦ .

(٢) راجع بداية المجتهد ج ٢ ص ٦ للهدب ج ٢ ص ٣٧ .

(ج) بالنسبة للثيب غير البالغ — يرى مالك وأبو حنيفة أن للأب إجبارها على النكاح . ويرى الشافعي عكس ذلك ، فلا يجيز تزويجها حتى تبلغ وتأذن لأن إذنها معتبر في حال الكبر فلا يجوز الافتيات عليها في حال الصغر . ووجه الخلاف بين الرأيين منشؤه الاختلاف في علة الولاية على النفس ، فهي عند أصحاب الرأي الأول الصغر وعند أصحاب الرأي الثاني البكارة^(١) .

مما سبق يتبين لنا أن الراجح في الفقه الإسلامي هو أن للمرأة البالغة حرية اختيار الأزواج ، ولا يمكن أن يفرض عليها رجل تقضى معها حياتها بدون رضاها .

من المرأة البالغ في تزويج نفسها

اختلف الفقهاء المسلمون في حق المرأة في تزويج نفسها . فالحنفيون جوزوا للمرأة الرشيدة تزويج نفسها ما دامت لم تسيء إلى أوليائها باختيارها غير الكف* ولكنهم قالوا إنه من المستحب أن يقولى عنها أولياؤها صيغة الزواج . فإذا تولت ذلك بنفسها فزواجها صحيح نافذ لأنه في حدود سلطتها . بينما يرى باقي الأئمة عكس ذلك ، إذ يقررون أنه لا زواج إلا بولي^(٢) .

أدلة أبو حنيفة

١ — القرآن — إن الله سبحانه وتعالى أضاف النكاح إلى النساء في أكثر من آية ، من ذلك قوله تعالى « ان ينكحن أزواجهن » وقوله تعالى « حتى تفكح زوجا غيره » ، وإسناد النكاح إلى المرأة يفيد جواز توليه بنفسها . كما أن قوله تعالى « فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف » نص صريح في جواز قيام المرأة بمباشرة العقد بنفسها دون حاجة إلى ولي .

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٧ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٦ .

٢ — السنة . ورد كثير من الآثار تفيد أن المرأة لا سلطان عليها في الزواج ، من ذلك حديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه السلام « الايم أحق بنفسها من وليها . والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها » ، وقوله عليه السلام « ليس للولي مع الثيب أمر ^(١) » .

٣ — إن الولاية تثبت للضرورة . وهي تثبت قبل الرشد للعجز بسبب نقصان المدارك ، فإذا زال هذا العجز زالت الولاية لافرق في ذلك بين الرجل والمرأة . وقد ثبت للرجل ولاية الزواج بنفسه إذا بلغ رشيداً فيجب أن تثبت للمرأة أيضاً هذه الولاية بمجرد بلوغها عاقله رشيدة ، ولا محل لإضافة الزواج إلى أولياء المرأة بحجة أن الزواج أمر خطير لا تتولاه بنفسها لأنه إذا كان الزواج خطيراً فهو خطر على الرجل والمرأة معاً . وإذا كان في الزواج احتمال ضرر بالأولياء فهذا الاحتمال ثابت بالنسبة للفتى أيضاً ، إذ قد يجر على أسرته عاراً ويحلب لها شناراً . فلامعنى لانهقاد الفكاح من النساء وأجازته من الفتيان ^(٢) .

أدلة الجمهور

١ — القرآن . ورد في القرآن كثير من النصوص أضيف فيها الفكاح إلى الأولياء كما يتضح ذلك من قوله تعالى « فإذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » . قالوا إن هذا خطاب للأولياء ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهى عن العضل ، ومثل هذا الخطاب يتضح أيضاً من قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » ، وقوله تعالى « وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم » .

ولكن يرد على ذلك بأن قوله تعالى « فإذا بلغن أجلهن » لا يدل إلا على

(١) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٥١ .

(٢) أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، ص ٢٩٦ .

نهى عصبية المرأة من أن يمنعوها من الزواج . وليس في هذا النهي ما يدل على ضرورة اشتراط إذنه لصحة الزواج ، بل العكس يفهم منه أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلوهم^(١) .

أما عن احتجاجهم بقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » وقوله « فانكحوا الأيامي منكم والصالحين من عبادكم » فردود أيضاً بأن الخطاب هنا للمسلمين جميعاً وليس هناك ما يدل على تخصيصه بالأولياء . فليس المقصود من عاتين الآيتين هو حكم الولاية لأن الآية الأولى لا تدل على شيء أكثر من تحريم نكاح المشركين والآية الثانية لا تدل على شيء أكثر من إباحة نكاح الإماء والصالحين .

٢ — السنة : روى الزهري عن عمروة عن عائشة أنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ايما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل وإن دخل بها فالمرء لها بما أصاب منها . فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » . ولقد شكك الحنفيون في هذا الحديث إذ حكى ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهري عنه فلم يعرفه^(٢) .

وقد احتج الجمهور بأحاديث أخرى كحديث عمر « لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذوى الرأي من أهلها أو السلطان » وكحديث أم سلمة « أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ابنها أن ينكحها إياه » وحديث ابن عباس « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » .

وقد ضعف الحنفيون هذه الأحاديث ولم يأخذوا بها .

٣ — أعمال الصحابة : روى أن عمر بن الخطاب رد نكاح امرأة نكحت بغير إذن وليها . وروى عن عكرمة بن خالد أن امرأة ثيباً ولت أمرها إلى رجل

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٠ .

(٢) ابن خزم المرجع السابق ص ٤٥٢ .

من القوم غير وليها فأنكحها رجلا فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فجلد الناكح والمنكح ورد نكاحها . وعن عمر عن نافع قال : ولي عمر بن الخطاب ابنته حفصة أم المؤمنين ماله وبناته ونكاحهن فكانت حفصة أم المؤمنين رضى الله عنها إذا أرادت أن تزوج امرأة ولت أخاها عبد الله فيزوج .

وروى عن الحجاج عن أبي هلال قال : سألت الحسن فقلت : أبا سعيد ، امرأة خطبها رجل ووليها غائب بسجستان ولوليها هنا ولي أيزوجها ولي وليها ؟ قال : لا ولكن اكتبوا إليه قلت له : إن الخطاب لا يصبر قال فليصبر . قال له رجل : إلى متى يصبر ؟ قال الحسن : كما صبر أهل الكهف ^(١) .

وروى عن محمد بن سيرين أن ابن عباس قال : « البغايا اللاتي يشكنهن أنفسهن بغير الأولياء » . وروى عن أبي هريرة أنه قال « ليس للنساء من العقد شيء ولا نكاح إلا بولي ولا تنكح المرأة نفسها فإن الزانية تنكح نفسها » .

٤ — العرف ، الأسر تعير بزواج المرأة من الخسيس وتفخر بزواجها من الشريف لذلك لزم أن يتولى الزواج وليها حتى لا يلحقه العار بتزويجها نفسها من غير كفء . ولا يصح القياس على تولى الرجل نكاحه بنفسه لأن الأسر لا تعير بزواجه من الخسيسة ، ولأن عقدة النكاح بيده يستطيع فصمها في أى وقت شاء إذا لم تتحقق له السعادة المنشودة ، كما لا يصح قياس مباشرة المرأة للزواج بنفسها على تصرفها في أموالها ، لأن التصرف في النفس أخطر شأنًا من التصرف في المال ولأن الضرر الذى يعيب المرأة من جراء التصرف في مالها قاصر عليها وحدها بعكس الضرر الذى يصيبها من تزويجها نفسها بغير كفء فإنه يتعداها إلى أوليائها فيصيبهم الخزي والعار . كما أن المرأة تميل بطبيعتها إلى الرجال فيتحكم فيها الهوى الذى يغلب على عقلها فتعمى بصيرتها عن تخير الصالح لها . بعكس

ميلها للعال لا تعتريه هذه الشهوة الجامحة .

كما أن معرفة أحوال الرجال لا تتم إلا بالخالطة والمعاشرة لذلك لا تستطيع المرأة أن تقتصى عن شريك حياتها نظراً لأن طبيعتها لا تمكنها من ذلك . كما أن الله سبحانه وتعالى أحاط الزواج ببعض الأمور الشكلية حتى يتميز بها عن السفاح فأمر فيه بالإشهاد أو بالإعلان أو بهما معاً ، كما أنه أمر أن يتولى عبارته الولي صيانة للنساء عن التشبه بالبنات ، ذلك أن البغي هي التي تزوج نفسها^(١) .

تأثير الزواج على أهلية المرأة

قلنا فيما سبق إن الأنوثة وحدها ليست سبباً للحجر على المرأة أو الحد من حريتها . ورأينا أن مالكا خالف هذا الرأي وقال إن البكر محجورة ذات أب أو غير ذات أب ، ولا يجوز لها أن تتصرف في شيء من مالها ، ولا أن تضع عن زوجها من الصداق وإن غنست حتى تدخل بيت زوجها . واختلف أصحاب مالكا في العانس فقال البعض هبتها جائزة وقال البعض لا تجوز . وأما التي كان لها زوج وتأمنت فهي كالرجل في نفاذ حكمها في مالها كله .

ويرى جمهور الفقهاء المسلمين أن الزواج لا يحد من أهلية المرأة ، فلها أن تتصرف في أموالها بجميع أنواع التصرفات ، وذلك على عكس معظم التشريعات الأجنبية إذ تشترط إذن الزوج على الأقل بالنسبة لبعض التصرفات . ولما لك هنا رأى يخالف به جمهور الفقهاء المسلمين . إذ يرى أن للزوج حق متعلق بمال زوجته ، وليس لها إلا الثلث فقط تهبه وتتصدق به ، فإذا مضت لها مدة جاز لها من ثلث ما بقي أيضاً ، لها

(١) أبو زهرة ، الملكية وظلرية القدس ٢٩٨ .

أَنْ تَفْعَلَ فِيهِ مَا شَاءَتْ وَهَكَذَا أَبْدَأُ فَإِنْ وَهَبْتُ لِرَجُلٍ مَالَهَا كُلَّهُ نَفَذْتُ ذَلِكَ، أَمَّا بَيْعُهَا وَابْتِيَاعُهَا وَسَائِرُ التَّصَرُّفَاتِ الْآخَرَى فَجَائِزَةٌ أَحَبُّ لِرَجُلٍ أَمَّ كَرِهٍ^(١).

مصحح مالك

١ — القرآن : استدل المالكية على منع المرأة من التبرع بدون إذن زوجها بقوله تعالى «الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم».

ولكن هذا الاستدلال ضعيف لأن الله سبحانه وتعالى لم يخص بهذا الكلام زوجاً، ثم لو كان فيه نص على الأزواج دون غيرهم لما كان فيها نص ولا دليل على أن له منعها من مالها أو من شيء منه . وإنما معناه أن الرجال يقومون بالنظر في أموال النساء . وهم لا يجعلون هذا النظر للزوج أصلاً بل لها أن توكل في النظر في مالها من شاءت رغم أنف زوجها، ولا خلاف أنه لا ينفذ عليها بيع زوجها لشيء من مالها قل أو كثر . وبهذا يكون تفسير الآية هو وجوب النفقة على النساء^(٢).

٢ — السنة : روى عن أبي هريرة أنه قال للرسول أي النساء خير؟ قال : التي تسره إذا نظر وتطيعيه إذا أمر ولا تخالفه في نفسها ومالها بما يكره .

وروى عن عطاء عن ابن عمر ، سئل الرسول ، ما حق الزوج على زوجته؟ قال : لا تصدق إلا بإذنه فإن فعلت كان له الأجر وعليها الوزر . وروى عن عبد الله ابن عمر أن الرسول لما فتح مكة خطب فقال «لا يجوز لامرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها» . كما روى أيضاً عن رسول الله أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي بحلى لها فقال لها صلى الله عليه وسلم «لا يجوز لامرأة عطية حتى يأذن زوجها فهل

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٣٠٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٣١٦ .

«استأذنت كعباً؟ فقالت نعم . فبعث إليه الرسول عليه السلام فقال : هل أذنت لها أن تتصدق بحليها؟ فقال نعم فقبله»^(١).

واستدل للملكيون أيضاً بقول الرسول صلى الله عليه وسلم « تنكح المرأة لما لها وجمالها ودينها وحسبها » . فقالوا إنه ما دامت المرأة تنكح لما لها فإن لزوجها حقاً متعلقاً بهذا المال والدليل على هذا التعلق أن الرجل يزيد وينقص في مهرها لما لها وقاسوا المرأة على المريض من هذه الناحية .

ولكن هذا الاستنتاج غير منطقي . لأن الرسول لما قال تنكح المرأة لما لها وجمالها ودينها وحسبها فإنه بين بذلك ما جرت عليه عادة الناس وليس فيه دليل على أن نكاح المرأة لما لها حمود بدليل أنه قال في الخبر نفسه فأظفر بذات الدين . ثم لفرض أن نكاح المرأة لما لها مستحب فأى دليل في هذا الحديث على أنها ممنوعة من مالها ؟ .

أما قياس المرأة على المريض فقد رد عليه ابن حزم رداً قاسياً في كتابه المحلى^(٢) فقال إنه « قياس للباطل على الباطل واحتجاج للخطأ بالخطأ ثم لو صح لهم في المريض ما ذهبوا إليه لكانوا قد أخطأوا من وجوه :

- (١) المرأة صحيحة وقياس الصحيح على المريض باطل .
- (ب) لا علة تجمع بين المرأة الصحيحة وبين المريض ولا شبهة بينهما أصلاً .
- (ج) إنهم يحضون فعل المريض في الثلث ويبطلون ما زاد على الثلث ، وهذا يبطلون الثلث وما زاد على الثلث فقد أبطلوا قياسهم .
- (د) إنهم لا يجيزون المرأة ثلثاً بعد ثلث ولا يجيزون ذلك المريض فإن قالوا بعد ذلك للزوج حق متعلق في مال زوجته ، إذ قد تزوج بالمال ، لكان ذلك موجباً للمنع من قليل مالها وكثيره .

(١) محمد أبو زهرة الملكية و نظرية العقد ، ص ٢٩٩ .

(٢) المحلى ج ٨ ص ٣١٢ .

٣ — أفعال الصحابة وأقوالهم: روى عن أبي هريرة أنه قال لا يحل للمرأة أن تتصدق من بيت زوجها إلا بإذنه ، وأن صفية بنت أبي عبيد كانت لا تعتق ولها ستون سنة إلا بإذن ابن عمر .

ولكن يرد على ذلك أنه وردت روايات أخرى كثيرة عن الصحابة تجيز للمرأة أن تتصدق بدون إذن زوجها . وقول الصحابي فيما عرف له فيه مخالف ليس حجة علينا . وقد روى أن أسماء بنت أبي بكر الصديق قالت « كنت أخدم الزبير خدمة البيت وأسوس فرسه وكنت أحتشى له وأقوم عليه فلم يكن شيء أشد علي من سياسة الفرس . ثم جاء النبي سبي فأعطاها خادماً ، ثم ذكرت حديثاً وفيه أنها باعتهما . ثم قالت فدخل الزبير ونمنا في حجرى فقال هبها إلى » ، فقالت لكني تصدقت بها^(١) . فهذه أسماء بنت الصديق أنفذت الصدقة بثمان خادمتها وبيعتهما بغير إذن زوجها ولم يعترض الزبير وكانت لا تملك شيئاً غيرها . كما روى عن الزهري أنه قال إذا أعطت المرأة من مالها في غير سفه ولا ضرار جازت عطيتها . وإن كره زوجها .

من هذا نرى أن رأى مالك في أهلية المرأة المتزوجة فريد في الفقه الإسلامي . وفي ذلك يقول ابن حزم « أما قول مالك فلا نعلم له متعلقاً لا من القرآن ولا من السنن ولا من رواية سقيمة ولا من قول صاحب ولا تابع ولا أحد قبله نعلمه . إلا رواية عن عمر بن عبد العزيز قد صح عنه خلافها » .

والحق هو ما قال به جمهور المسلمين من أن الزواج لا يؤثر في أهلية المرأة . . يؤيد ذلك قوله تعالى « المتصدقين والمتصدقات » وقوله تعالى « أنفقوا مما رزقناكم من قبل أن يأتي أحدكم الموت » فالأمر عام يشمل الرجل والمرأة سواء كانت ذات زوج أو أرملة وسواء كانت بكراً أم ثيباً . كما يتضح من قوله تعالى « لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها » أنه ليس للزوج أن يمنع زوجته من

التصرف في مالها طمعاً في إرثها . كما روى عن أبي سعيد الخدري أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يخرج يوم الأضحى ويوم الفطر وكان يقول : تصدقوا تصدقوا ، وكان أكثر من يتصدق النساء ، وما خص بعضهن دون بعض ومنهن الفقيرة والغنية ، وما خص مقدار دون مقدار^(١) .

في القانون الروماني

عرفنا أن المرأة كانت في القانون الروماني القديم خاضعة لنظام الوصاية طيلة حياتها . فإذا تزوجت مع السيادة فإنها تخضع لسلطة زوجها وتعتبر بنتاً له وأختاً لأولادها . أما في الزواج بدون سيادة فإن المرأة تظل خاضعة لسلطة أبيها أو لنظام الوصاية المقررة لمصلحة الأعصاب من عائلتها^(٢) . ورأينا أن نظام الوصاية هذا زال تدريجياً حتى قضى عليه نهائياً في عهد الإمبراطور تيودورز .

في القانون الفرنسي

كان ينظر قديماً في فرنسا إلى المرأة المتزوجة باعتبارها خادمة لزوجها له عليها سلطات واسعة تصل إلى حد ضربها ، ولم تكن لها بوجه عام أهلية التصرف في مالها أو أهلية التعاقد إلا بإذن زوجها .

وجاء قانون نابليون متأثراً بالعادات السائدة وقتئذ وقرر انعدام أهلية الزوجة . وبالرغم من قيام هذا القانون على مبدأ المساواة في الحقوق المدنية ، إلا أنه أدخل بهذا المبدأ بالنسبة للزوجين . والظاهر أن الثورة الفرنسية لم تكن تميل إلى التوسع في الاعتراف بحقوق الزوجة . ولا يمكن تعليل انعدام الأهلية في القانون الفرنسي كما قالوا في الماضي بخفة عقل المرأة . ذلك أن هذا القانون أقر المساواة التامة بين المرأة غير المتزوجة والرجل . اللهم إلا إذا قلنا أن الزواج يؤثر في عقل المرأة ! .

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٣١٨ .

(٢) بلانيول ج ١ ص ٦٠٧ .

لذلك لم يكن هذا التضييق على الزوجة راجعاً لكونها امرأة إنما يرجع لكونها زوجة . فكان يقصد القانون من وراء ذلك ضمان الاحترام اللازم لسلطة الزوج وحماية أموال الزوجة لإمكان مواجهة الأعباء العائلية الناشئة عن عقد الزواج .

وظلت قاعدة عدم أهلية الزوجة قائمة في فرنسا بالرغم من نقد الكتاب لها ولم يدخل عليها إلا بعض الاستثناءات التي أتت بها القوانين الإصلاحية . كقانون ١٣ يوليو سنة ١٩٠٧ الذي أعطى للمرأة حرية التصرف فيما تجنيه من كسب خاص . ثم ألغيت هذه القاعدة نهائياً بموجب القانون الصادر في ١٨ فبراير سنة ١٩٣٨ والقانون الصادر في ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ . ولقد نصت المادة ١/٢١٦ مدني (معدلة) على أن المرأة المتزوجة لها كامل الأهلية . وقد يبدو لأول وهلة أن هذا النص غريب لأن الأصل في الإنسان الأهلية ، فلم يكن من الضروري النص على ذلك . ولكن هذا النص لا يمكن تفسيره إلا بالتطور التاريخي لأهلية المرأة المتزوجة في القانون الفرنسي .

وبعد أن قررت المادة ٢١٦ أهلية المرأة المتزوجة كاملة أضافت إلى ذلك ، أن مباشرة هذه الأهلية لا يحدها إلا القانون ومشاركة الزوج . والواقع أن ذكر القيود القانونية عديم الفائدة . إذ من الممكن أن يقيد القانون الأهلية القانونية لأي شخص . فلم يكن من الضروري ذكر ذلك . والقيود القانونية التي يشير إليها الشراح عادة هي تحريم قبول الزوجة للوصاية أو القوامة دون إذن زوجها . وهذه ليست قيوداً على أهلية الزوجة إنما قيود تتعلق باحترام الحقوق التي للزوج باعتباره رئيساً للعائلة . ولا محل لأن نضيف إلى هذه القيود القانونية القيود القائمة على قصر المرأة والقيود المشتركة بين الزوجين كالتبني أو قبول التبني من الغير مثلاً ، أو تحريم بعض العقود بين الزوجين .

والقيود الحقيقية التي ترد على أهلية المرأة المتزوجة هي القيود الناشئة من النظام المالي . فالنظام المالي جرد المرأة من جزء من الأهلية التي منحها إياها القانون .

والواقع أن إلغاء عدم الأهلية للمرأة لم يكن ليتحقق إلا بتعديل هذا النظام تعديلاً كبيراً ، إذ أن أهلية المرأة المتزوجة والنظام المالى مسألتان مرتبطتان ببعضهما البعض ، ويوضح هذه الصلة بينهما بلانيول فيقول : كما كان مدى عدم أهلية المرأة المتزوجة يتوقف فى الماضى على النظام المالى فإن مدى أهليتها يتوقف أيضاً على هذا النظام . بل إن تأثير النظام المالى أصبح اليوم أكبر ، إذ كانت المرأة فى الماضى عديمة الأهلية على وجه العموم وفى ظل أى نظام مالى . وعلى ذلك لم يكن للنظام المالى أثر إلا فى حدود ضيقة أما الآن وقد أصبحت المرأة ذات أهلية فإن كل القواعد المتعلقة بالنظام المالى هى قيود لهذه الأهلية ومن المستحيل اليوم أن نفسر قواعد النظام المالى بين الأزواج بفكرة انعدام أهلية المرأة . فالمسألة لا تعدو أن تكون نقص سلطة لا نقص أهلية ^(١) .

إذ الزوج ورضاه : كان للزوج قديماً أن يأذن لزوجته بإبرام التصرفات التى لم تكن تستطيع إبرامها وحدها نظراً لانعدام أهليتها . وكان المقصود من الإذن حماية المرأة عديمة الأهلية وإجبارها على احترام سلطة زوجها فإذا باشرت التصرف وحدها فلها أن تتمسك بالبطلان دون من تعاملت معه ، كما هو الحال بالنسبة لسائر عديمى الأهلية . وكان للزوج أيضاً أن يتمسك بهذا البطلان بسبب الطبيعة المزدوجة للسلطة الزوجية .

ولقد ألغى القانون الجديد انعدام أهلية المرأة واستتبع ذلك إلغاء نظام الإذن إلا فى حالات إستثنائية وهى :

- ١ — قبول المرأة للوصاية أو القوامة .
- ٢ — هبة أموال الدوطه أو التصرف فيها .
- ٣ — مباشرة التجارة ، إذ تستطيع المرأة أن تباشر التجارة بدون إذن

زوجها ، إلا أنه يجب أن يرضى الزوج بوجه عام عن مباشرتها للتجارة .
وبالرغم من إلغاء نظام الإذن ، فيما عدا الحالات السابق ذكرها ، إلا أن تدخل
الزوج ما زال لازماً لنفاذ تصرف الزوجة في مواجهته . ورضا الزوج في هذه
الحالة مقصود به إعطاء المرأة سلطات ليست لها بسبب طبيعة النظام المالى . فإذا
باشرت الزوجة وحدها التصرف فانه يكون صحيحاً ولكن يختلف أثره بحسب
النظام المالى بين الزوجين ؛ فمثلاً في ظل نظام الشركة لا يمكن تنفيذ التصرفات
التي تباشرها المرأة شخصياً على أموال الشركة ، ولكن يمكن تنفيذها على
ملكية الرقبة لأموالها ، وكذلك على الأموال التي اكتسبتها من مهنة متميزة
عن مهنة زوجها . وبالاختصار يكون التصرف صحيحاً ولكن لا يحتج به على
الزوج (١) .

لذلك لا يستطيع الزوج أن يطالب ببطلان التصرف الذى أبرمته زوجته
بدون رضاه . وليس له أن يشكو من ذلك لأن التصرف سيكون غير نافذ في
مواجهته . هذا بعكس الحال في الماضى حيث كان للزوج أن يطعن بالبطلان في
التصرف الذى أبرمته زوجته دون إذنه . إذ كان يستعين بدعوى البطلان على
فرض سلطته ، ولكن هذه السلطة قد اختفت الآن . ومن ثم تعتبر دعوى
البطلان غير مقبولة من جانب الزوج لعدم توفر المصلحة . ومع ذلك يرى
بلانيول أنه يحسن منح الزوج هذه الدعوى بصفته رب الأسرة . إذ يجب العمل
على توفير الاحترام اللازم لتنظيم العائلة وعلى ذلك يكون له الحق في طلب إبطال
التصرف الذى أبرمته زوجته مخالفة للقانون . وأساس هذه الدعوى هي المصلحة
الأدبية ، لذلك يجب ألا تعطى لورثة الزوج أو دائنيه (٢) .

مردى تأثير النظم المالية المختلفة في أهلية المرأة المتزوجة : بينما فيما سبق أن المرأة المتزوجة كانت فيما مضى عديدة الأهلية في ظل جميع الأنظمة المالية المختلفة . إذ لم تلك تستطيع بوجه عام أن تباشر أى تصرف فى أموالها بدون إذن زوجها . فطبقا لقانون سنة ١٨٠٤ كان يحرم على المرأة المنفصلة ماليا أن تتصرف فى عقاراتها إلا بإذن زوجها . وكذلك الحال بالنسبة للمرأة المتزوجة . فى ظل نظام الدوطه فيما يتعلق بأموالها الخاصة .

ولم يبلغ قانون سنة ١٩٣٨ هذا التحريم . والظاهر أن المشرع هالته السلطة الواسعة التى منحت للمرأة بسبب إلغاء عدم أهليتها فتعمد الإبقاء على هذا التحريم إلى أن ألغى نهائيا بموجب القانون الصادر فى ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ ، الذى ألغى انعدام أهلية المتزوجة . إلا أن هذا القانون احتفظ بالنظم المالية الخاصة بالزواج مع العلم بأن بعضها قائم أساساً على فكرة انعدام أهلية المرأة . فى نظام المشاركة مثلاً يحرم على المرأة أن تتصرف وحدها فى الملكية التامة لأموالها لما يقضى به هذا النظام من تخصيص أموال الزوجين واعتبار الزوج رئيساً للشركة ، له على هذه الأموال حق الإدارة والانتفاع . وفى نظام الدوطه يحرم على المرأة أن تتصرف فى الأموال المكونة لها لما تتصف به هذه الأموال من صفة التخصيص ، ولكن لها الحق فى أن تتصرف فى أموالها الشخصية Paraphernaux شأنها فى ذلك شأن المرأة المتعاقدة على نظام الأموال .

وإلغاء انعدام أهلية المرأة المتزوجة مع الاحتفاظ فى نفس الوقت بالنظم المالية يقتضى القول بالإبقاء على القاعدة التقليدية التى تحرم على المرأة التصرف فى أموالها بالتطبيق للقواعد الخاصة بهذه النظم . ولكن هذا التحريم لا يمكن تفسيره ، كما كان الحال فى الماضى ، على أساس انعدام الأهلية ، بل أساسه هو انعدام السلطة .

النِّسَابَاتِ الْمَرْأَةِ : طبقاً لقانون سنة ١٨٠٤ لم تكن المرأة المتزوجة أهلاً لأن تلتزم تعاقدياً . حقاً إن القانون لم ينص على ذلك صراحة . ولكن هذا أثر من آثار انعدام أهليتها . فالمرأة المتزوجة لم تكن تلتزم إلا بسبب أفعالها غير المشروعة أو الشبه تعاقدية أو بموجب نص القانون ^(١) .

ولقد حاول القضاء قديماً أن يلزمها عن الإخطاء التي ترتكب في إبرام العقود أو تنفيذها ^(٢) .

ولكن اليوم أصبحت المرأة تلتزم بالتزاماً صحيحاً بالعقود التي تبرمها ^(٣) . إلا أن للنظام المالي أثراً كبيراً فيما يتعلق بتنفيذ تعهداتها . ففي ظل نظام المشاركة لا تستطيع المرأة أن تلتزم بالنسبة للملك التام بأعلى أموالها إذ يجب عليها أن تحترم حقوق زوجها في الانتفاع بالشركة . وفي ظل نظام الدوطة لا تستطيع بالتزامها التعاقدي أن تلزم الدوطة .

نصرف أحد الزوجين في مال الآخر

لكل من الزوجين أن يتصرف في مال الآخر وفق ما جرى به العرف وطبقاً لرضاه الضمني، وعادة يكون في أشياء البيت من طعام وشراب وما شاكل ذلك . فلقد روى عن الحسن أن رجلاً قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم . صاحبتي تصدق من مالي وتطعم من طعامي . قال أتما شريكاً . قال أرايت

(1) Req 26 Avril 1900. D. 190. I. 455, S. 1901-1-192, Not Ferron.

(2) Voy Civ 28 Mars, 1888 D. 88-1-1902-1-452, S. 1902-1-985.

(3) Montpellier 17 octobre 1945, Gaz Palais, 1945,2-189.

إن نهيتها عن ذلك ؟ قال لها ما نوت ولك ما بخلت .^(١) وروى عن عمر بن مرة . قال سمعت أبا وائل يحدث عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال . إذا تصدقت المرأة من بيت زوجها كان لها اجرا وللزوج مثل ذلك . كما جاء بالحديث الشريف إذا أنفقت المرأة من طعام بيتها غير مفسدة كان لها أجرها بما أنفقت ولزوجها أجره بما كسب^(٢) .

وروى عن ابن عباس أن امرأة قالت للرسول آخذ من مال زوجي فأصدق به ؟ قال الخبز والتمر . قالت : فدراهمه . قال أتخمين أن يتصدق عليك . قالت لا . قال : لا تأخذى من دراهمه إلا بإذنه .

مثل ذلك ما جاء في المادة ٨٢٢ من المجلة إذ نصت على أنه « إذا طلب شخص من امرأة إعارة شيء هو ملك زوجها فأعارته إياه بلا إذن الزوج فضاع . فإذا كان ذلك الشيء مما هو داخل البيت وفي يد الزوجة عادة لا يضمن المستعير ولا الزوجة أيضاً . وإن لم يكن ذلك الشيء من الأشياء التي تكون في يد النساء كالفرس ، فالزوج مخير إن شاء ضمنه لزوجته وإن شاء ضمنه للمستعير (مادة ٨٢٢) . وغلة مال الزوجة تكون لها إلا إذا أرادت أن تهبها لزوجها ولا يكون سكوته وحده دليلاً على الهبة^(٣) . وكذلك الحال بالنسبة لمهر الزوجة فإنه له وحدها ، ليس لزوجها ولا لأبيها شيء منه إطلاقاً^(٤) .

والشريعة الإسلامية توجب على الزوج وحده الإنفاق على زوجته وأولاده . ولا يجعل للزوج حقاً في مال زوجته . هذا بعكس الحال في القانون الفرنسي إذ يوجب على الزوجين معاً إطعام أولادهم والقيام بشؤونهم وتربيتهم^(٥) . وتلتزم الزوجة بمشاطرة زوجها ضمان إدارة الأسرة أدبيا وماديا وبذل الجهد في المحافظة .

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٣١٩ .

(٢) شرح العيني على البخارى ج ٨ ص ٢٩٠ وصحيح مسلم ج ٣ ص ٩٠ والجامع الصغير

للسيوطي ج ١ رقم ٤٩٩ والفتاوى الهندية ج ٥ ص ٨٩ .

(٣) البهجة في شرح التحفة ج ١ ص ٧١ - ٧٢ .

(٤) المحلى لابن حزم ج ٩ رقم ١٨٥١ .

(٥) مادة ٢٠٣ مدني فرنسي .

عليها وتربية الأولاد وتهيئة أسباب مستقبل حياتهم (مادة ٢١٣) . ونصت المادة ٢١٤ على أنه إذا لم يحدد عقد الزواج مدى مساهمة كل من الزوجين في أعباء الزوجية كان على كل منهما أن يساهم فيها بقدر طاقته . ويقع الإلتزام بتحمل هذه الأعباء بصفة أصلية على عاتق الزوج ، فهو ملزم بأن يقدم للزوجة كل ما تقتضيه الحياة تبعاً لطاقته وحالته .

ولقد جرى القضاء الفرنسي على اعتبار الزوجة ممثلة لزوجها في التصرفات الخاصة بإدارة الشؤون الزوجية كشراء المأكولات والملابس والأثاث والأشياء المهمة واستخدام الخدم والعمال والمربين . لذلك تستطيع الزوجة أن تقوم بهذه الأعمال دون إذن زوجها لأنها ضرورية لإدارة بيتها .

ولقد جاء قانون سنة ١٩٤٢ فسجل هذا القضاء . فنصت المادة ٢٢٠ على أنه للمرأة المتزوجة في كافة الأنظمة الزوجية سلطة تمثيل الزوج في احتياجات البيت كلها ولها أن تستخدم في ذلك الأموال التي قد يتركها الزوج تحت تصرفها وفي هذه الحالة تكون تصرفات الزوجة ملزمة لزوجها قبل الغير^(١) .

أما في الشريعة الإسلامية فالأعباء المالية تقع على الزوج وحده ذلك أن الزوجة تقوم بوظيفة منزلية ، كما أن الزوجة محتسبة لأجل حقه وصيانة نسب أولاده من الاختلاط بغيره ، وكل من احتبس لغيره وجبت مؤنته على من احتبس له^(٢) .

الرأية التجارية للنساء

في القانون الفرنسي

طبقاً للمادة الرابعة من القانون التجاري الصادر في سنة ١٨٠٧ لا تستطيع المرأة المتزوجة أن تباشر التجارة إلا برضا زوجها ، ولا يشترط أن يكون الرضا

(١) بلانيول ج ١ ص ٦٢٤ .

(٢) راجع عبد الوهاب خلاف ، الأحوال الشخصية ، ص ٧٥ .

صريحاً بل يكفي أن يكون ضمناً كأن تبشر المرأة التجارة بعلم زوجها دون
اعتراض منه^(١).

وإذا رفض زوجها السماح لها بذلك فإنها تستطيع أن تحصل على إذن من
المحكمة على حسب الرأي الراجح.

ولقد بينا فيما سبق أن قانون ١٨ فبراير سنة ١٩٣٨ قرر الأهلية المدنية الكاملة
للرأة المتزوجة. نتيجة لذلك أجاز لها مباشرة أى مهنة دون رضا زوجها. ولكن
المشرع لم يعدل المواد ٤ و ٦ و ٧ من القانون التجارى، لذلك ظلت القاعدة القديمة
قائمة وهى أن المرأة لا تستطيع مباشرة التجارة دون رضا زوجها واقتصر أثر التعديل
على إمكان قيامها بالأعمال التجارية المنفردة دون اشتراط هذا الرضا.

ثم جاء قانون ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ وعدل هذا الوضع وأجاز للزوجة أن
تحترف بالتجارة ما لم يعارض زوجها فى ذلك (مادة ٤ معدلة) وبذلك أنقضى نظام
الإذن الذى كان يتطلبه قانون سنة ١٨٠٧. والواقع أن هذا التعديل لم يكن له
أثر كبير من الناحية العملية لسببين :

- ١ — كان من المقرر قبل قانون سنة ١٩٤٢ — كما بينا — أن إذن الزوج
العام يمكن أن يكون ضمناً يستفاد من مباشرة المرأة التجارة دون معارضة من زوجها.
- ٢ — المادة ٤ / ٦ من قانون ١٩١٩ المعدلة بقانون ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢
تتطلب من المرأة المتزوجة التى تريد تسجيل إسمها فى السجل التجارى أن تقدم
إقراراً من زوجها يتضمن عدم اعتراضه على مباشرتها للتجارة. حقاً إن المرأة إذا
مارست التجارة رغم رفض زوجها إعطاء هذا الإقرار فإنها ستعتبر تاجرة ولكنها
لن تستطيع أن تحصل على تصريح المديرية بفتح المحل التجارى^(٢).

(1) Cass, 7. Mars 1922, S. 22—1—5, note Lyon Caen D. P. 25—1—136

(2) Note, G. Ripert, Rev. gén. dt. Com 1943, P. 175, Sous Seine 19
Janvier, 1943.

أثر اعتراض الزوج : لاعتراض الزوج أثران :

١ — لا تستطيع الزوجة من الناحية العلمية مباشرة التجارة .

٢ — تنص المادة ٢٢٣ مدنى جديدة على أن التعهدات التى أبرمتها المرأة فى مباشرة التجارة تكون باطلة بالنسبة لزوجها إذا كان الغير الذى تعاملت معه يعلم شخصياً بمعارضة الزوج فى الوقت الذى تعامل فيه مع الزوجة .

ويستفاد من هذا النص أن المرأة تبقى أهلاً للالتزام بعد اعتراض زوجها كما كانت قبله مما يترتب عليه إمكان التزامها بتعهداتها وإمكان إشهار إفلاسها ، ولكن الأشخاص الذين علموا باعتراض الزوج لا يمكنهم الرجوع بموجب هذه التعهدات على الأموال المشتركة ولا على أموال الزوجة الشخصية فيما يتعارض مع حق الزوج فى إدارتها والانتفاع بها^(١) .

وطبقاً للمادة ٢٢٣ مدنى معدلة التى أحالت عليها المادة ٧ تجارى إذا لم تكن معارضة الزوج مبنية على أساس مراعاة صالح الأسرة جاز للزوجة أن تستصدر ترخيصاً من القضاء بالتجاوز عن هذه المعارضة^(٢) .

وفى هذه الحالة تكون كافة التعهدات المهنية التى التزمت بها الزوجة من وقت المعارضة صحيحة .

عدم اعتراض الزوج : فى حالة عدم معارضة الزوج أو فى حالة معارضته والغائماً تكون المرأة المتزوجة كاملة الأهلية للقيام وحدها بكافة الأعمال التجارية سواء أقامت

(1) Juilait de la Moran ndiere, Precis de droit Commercial par leon La Cour, 8 edit 1945, no 68, P. 39.

(2) Seine 19 Janvier, 1943, précité, Rev. Tr dt. Ciu. 43, P. 108 no 10 observe, G. Lagarde.

بها وحدها أو مع الغير في شركة توصية أو في شركة تضامن .
وتنص المادة ٥ / ٢ المعدلة بقانون سنة ١٩٤٢ على أن عقود المعاوضات
التي تتصرف بموجبها المرأة في أموالها الشخصية لحاجة تجارتها تنتج أثرها بالنسبة
للغير ولا يستطيع الزوج أن يعترض على هؤلاء الغير بحقه في الإدارة والانتفاع
الذي يستمد من المشاركة المالية بينه وبين زوجته .

استثناء بالنسبة لأموال الزوج : لا تستطيع المرأة التصرف في أموال
الزوج أو رهها أو إجارتها إلا في الحالات المحدودة في القانون وبالشروط الواردة
في عقد الزواج . فإذا تزوجت المرأة على نظام الزوجية فإن الأموال المسكونة
للزوج تظل خاضعة لقاعدة عدم إمكان التصرف فيها .

نتائج مباشرة للمرأة للتجارة :

١ — من ناحية الأصول — طبقاً للمادة ٢٢٤ مدني المعدلة بقانون سبتمبر سنة
١٩٤٢ إذا زاولت الزوجة مهنة مميزة عن مهنة زوجها فكل مال تكتسبه من
ممارسة نشاطها المهني في كافة النظم الزوجية يكون لها حق إدارته والانتفاع به
طيلة قيام الزوجية ، ويكون للزوجة على هذه الأموال ما للزوجة المتعاقدة في ظل
نظام الانفصال من حق التصرف في أموالها الشخصية . ولقد سبق أن بينا أن
هذه الأموال تكون ملكاً خاصاً للزوجة فيما عدا نظام المشاركة فانها تعتبر من
المكتسبات المشتركة طيلة قيام هذا النظام ، وعند انحلال الزوجية تحتسب هذه
الأموال في الأصول المعددة للقسم ما لم تتنازل الزوجة عن نظام المشاركة^(١) .

٢ — من ناحية الالتزامات — تنص المادة ٥ / ١ تجاري المعدلة بقانون

(١) مادة ٢٢٦ مدني فرنسي .

سنة ١٩٤٢ على أن المرأة التاجرة تلتزم شخصياً بالتصرفات التي تصدر منها حاجة تجارتها . وعلى ذلك يكون للدائنين حق الرجوع على أموالها الشخصية والأموال التي اكتسبتها من مهنتها ، دون أن يكون للزوج حق في أن يعترض بحقه في الإدارة والانتفاع . كما أن المرأة تلتزم زوجها أيضاً إذا كان النظام بينها نظام مشاركة .

في القانون المصري

عرفنا فيما سبق أن المرأة وفقاً للرأى السائد في الفقه الإسلامى تستطيع أن تتصرف في أموالها كما شاءت دون أخذ إذن زوجها ، وكذلك لها حرية الاعتراف بالتجارة دون حاجة لهذا الإذن ولا يستطيع الزوج أن يعترض على مباشرتها للتجارة^(١) .

ولقد أخذ القانون المصرى بهذه القاعدة إلا أنه لاحظ ما يقضى به القانون الشخصى لبعض الأجانب من أوضاع معينة في النظم المالية للزواج كما هو الحال في القانون الفرنسى فحتم على التاجرة المتزوجة غير المسلمة وكذا التاجر غير المسلم اخبار قلم الكتاب بالشروط التي حصل الاتفاق عليها في عقد الزواج ، وأوجب على قلم الكتاب التأشير بذلك في دفتر خاص ليقف الغير على ثروة التاجر أو التاجرة^(٢) .

(١) أخذ بهذا الحكم معظم التشريعات التي تطبق الشريعة الإسلامية فيما عدا القانون اللبناني التجارى الصادر في ٢٤ كانون الأول سنة ١٩٤٢ حيث نص على أن المرأة المتزوجة مهما تكن أحكام القانون الشخصى الذى تخضع له لا تملك الأهلية إلا إذا — حصلت على رضا زوجها الصريح أو الضمنى .

(١) (م ٦ - ١٠ / ٢٠ - ٢٤ تجارى) .

أهلية النساء غير التاجرات بالنسبة للتوقيع على الكمبيالة

نصت المادة ١١٣ من المجموعة التجارية الفرنسية على اعتبار توقيع المرأة غير التاجرة على الكمبيالة عملاً مدنياً . ولقد وضع هذا النص في وقت كانت فيه المرأة عديعة الأهلية بوجه عام وكان الاكراه البدني وسيلة لتنفيذ الالتزامات الثابتة بالكمبيالة . فأراد المشرع تجنيب غير التاجرات سبيل الإكراه البدني نظراً لعدم خبرتهن بشئون التجارة ولجهلن بالأحكام القاسية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات المصرفية . ولقد ألغى الاكراه البدني كوسيلة لتنفيذ الالتزامات المدنية والتجارية سنة ١٨٦٧ كما ألغيت المادة ١١٣ من التشريع الفرنسي بموجب القانون الصادر في ٨ فبراير سنة ١٩٢٢ . وبالرغم من زوال الاعتبارات التي أدت إلى وضع هذا النص في التشريع الفرنسي قبل وضع المجموعة التجارية الوطنية وبالرغم من أن التشريع المصري قائم على مبدأ المساواة بين الجنسين في الأهلية ، إلا أن المشرع المصري نقل نص هذه المسادة إلى المجموعة التجارية الوطنية في المادة ١٠٩ منها . لذلك نرى أن هذه المادة غريبة على التشريع المصري وتعتبر استثناء لا يجوز التوسع في تفسيره . وبناء عليه فلا تنطبق إلا على التصرفات المنصوص عليها فيها وهي سحب الكمبيالة وقبولها وتحويلها ، فلا تنطبق على الضمان الاحتياطي والقبول بالواسطة . ولقد تضاربت أحكام المحاكم المختلطة بالنسبة للضمان الاحتياطي فذهبت محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها الصادر في ٨ مايو سنة ١٩١٧^(١) إلى أن المادة ١١٤ مختلط — تقابل المادة ١٠٩ تجاري وطني — لا تنطبق في حالة الضمان لأن الضمان يقوم على ثقة الضامن في المضمون وأن الضامن لا يقدر عند توقيعه على الكمبيالة غير يسر المضمون وحسن سمعته تاركا للمدين الأصلي عبء دراسة الأمور الأخرى . وعلى العكس من ذلك حكمت محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩^(٢) إلى تطبيق حكم المادة ١١٤

(١) تشريع وقضاء س ٢٩ ص ٤٠٨ .

(٢) تشريع س ٤٢ ، ص ٧٦ .

على حالة الضمان الاحتياطي من باب أولى على أساس أن هذا الضمان يرتب آثاراً مماثلة للآثار المترتبة على تحرير الورقة التجارية أو تظهيرها ولا سيما أن الضمان الاحتياطي قد يتخذ شكل التظهير . ويرجح الدكتور أمين بدر هذا الرأي الأخير على أساس أن الرأي المخالف يؤدي إلى نتائج غير مقبولة فيقول « إذا سحبت سيدة غير تاجرة كميالة وكفلتها سيدة أخرى غير تاجرة كان من غير المقبول أن نفرق بين هاتين السيدتين في المعاملة القانونية وأن نقسو على السيدة الضامنة بالنسبة للسيدة المضمونة لا شيء إلا أن عبارة النص قد جاءت قاصرة عن حالة الضمانة أو السكفالة مع أن هذا القصور قد شاب كثيراً من النصوص القانونية ولم يتردد أحد مع ذلك في تكملة هذه النصوص القانونية وتعميم أحكامها على الحالات المماثلة لتلك التي نظمتها ، فقد ذكرت المادة ١٢٧ تجارى مثلاً أن صاحب السكمبيالة أو قابلهما أو محولها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن ولم تذكر الضامن الاحتياطي والقابل بالواسطة مع أنهما مسئولان هما الآخرين عن الوفاء للحامل على وجه التضامن » ^(١) .

الآثار المترتبة على توقيع الصيرة غير التاجرة على السكمبيالة

إن القيد الخاص بعدم تجارية السكمبيالات المحررة من النساء قاصر فقط على الاختصاص ومقدار الفائدة التي تصح المطالبة بها وطرق الإثبات التي يجوز التمسك بها والتقدم الذي يمكن الاحتجاج ^(٢) .

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٧ تفسير وقضاء من ٢٩ ص ٤٦٩ .

(٢) أمين بدر ، الأوراق التجارية ، ص ٤٧ .

ولا يسرى على سائر الأحكام الخاصة بالكيميالة فتظل السيدة مسئولة عن الوفاء للحامل بقيمة الكيميائية في ميعاد الاستحقاق ويمتنع عليها الاحتجاج بقواعد الحوالة المدنية^(١) ويمتنع عليها بصفة خاصة الاحتجاج في مواجهة الحامل حسن النية بالدفع التي لها في مواجهة حامل سابق^(٢).

ويلاحظ أن الحماية المنصوص عليها في المادة ١٠٩ حماية تافهة لأن السيدة غير التاجرة إذا وقعت على الكيميائية بماسبة عمل تجارى فإن الحامل يستطيع بدلا من أن يرجع عليها بموجب الالتزام الصرفى، أن يرجع عليها بموجب الالتزام الأصيل فتخضع للاختصاص التجارى والفائدة التجارية والتقدم التجارى.

(١) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ تشريع وقضاء س ٥١ ص ١٩١ .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٧ تشريع وقضاء س ٢٩ ص ٤٦٩ .

خاتمة

اتبهينا من دراسة الموضوع دراسة تفصيلية ، وقد عرفت أننا خصصنا الجزء الأكبر من البحث في تحديد عوارض الأهلية ، وهو الأمر الذي لم يجمع عليه الفقهاء ، ولذلك رأينا أن ننهى إليك خلاصة ما اتبهينا إليه .

أما العارض ففي رأينا الذي لا بد أن تسكون قد ألمت به فهو أمر يطرأ على الشخص نتيجة شذوذ غير طبيعي في عقله فيؤثر على أهلية الأداء لديه بحيث يحد من قدرته على مباشرة حقوقه والتزاماته .

ولما كانت الحرية حقاً طبيعياً لسكل إنسان وكان العارض أمراً يوجب الحد من هذه الحرية كان لزاماً أن يحدد الشروط اللازمة لتحديد العارض ، والضمانات الكفيلة لعدم إساءة استعمال هذا القيد الثقيل . لذلك رأينا أن نحدد الأسس التي ينبغي أن تبنى عليها عوارض الأهلية فيما يلي :

أولاً : إن العارض يجب أن يكون حالة غير طبيعية تعترى عقل الإنسان فيجعله أقل من الشخص العادي قدرة على مباشرة حقوقه .

ثانياً : أن يكون لهذه الحالة صبغة الدوام إلى حد ما ؛ فلا يعتبر عارضاً تلك التقلبات النفسية والانفعالات التي تطرأ وتزول دون أن تستغرق وقتاً طويلاً .

ثالثاً : يجب أن يكون المقصود من عوارض الأهلية التي بها يحد من حرية الشخص ، هو حماية الشخص نفسه لا حماية غيره ، وكل قيد من القيود الواردة في النصوص مما يقصد به حماية الغير لا تعد عارضاً من عوارض الأهلية ولو سميت كذلك .

رابعاً : يجب أن يكون هنالك نص من الشارع يقر هذه الحالات حتى لا تكون موضعاً لإهمال أو سوء الاستعمال .

وتطبيقاً لهذه الأسس أخرجنا طائفة من الأمور من عداد عوارض الأهلية وهي :

أولاً — القصر : وذلك لأن كل إنسان لا بد أن يمر بمرحلة القصر حال حياته ، فالقصر ليس طارئاً غير طبيعي يطرأ على حياة الإنسان ، وكذلك الموت والنوم .

ثانياً — عيوب الرضا : وهي الإكراه والجهل والتغيير وما شابه ذلك ، فهي وإن كانت حالات طارئة على الإنسان إلا أنها لا تأخذ صفة الدوام .

ثالثاً — مرض الموت والدين والرق والأنوثة : ذلك بأن هذه الأمور تتخلق قيوداً لم توضع أصلاً لمصلحة المريض والمدين ، والرقيق والأنثى ، وإنما وجدت لمصلحة الغير ممن تتصل مصالحتهم بمصلحة هؤلاء .

رابعاً — السفه والغفلة : ذلك بأن الشارع لم ينص على تقييد حريتهم في مباشرة حقوقهم ، أما النصوص التي ورد فيها ذكر السفهاء ورأى الفقهاء ورأينا أيضاً في هذه النصوص هو أن كلمة السفهاء لا يقصد بها سوى ضعف العقول ممن يدخلون في عداد المجانين . أما السفه بالمعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء وهو الإسراف والتبذير فلم يرد فيه نص ، وبذلك لا يعد أحدها عارضاً من عوارض الأهلية .

وبذلك تكون عوارض الأهلية قاصرة على الجنون والعتة .

هذا هو ما اتهمنا إليه بالنسبة لتحديد العوارض ، أما بالنسبة لحماية هؤلاء الذين أصيبوا بهذه الآفات المرضية فأقعدتهم عن مباشرة أعمالهم فإن الشارع الإسلامي ، بحسب ما وصل إلى علمنا أثناء هذا البحث قد اتخذ لحمايتهم نظام النيابة بالنسبة لعديم الأهلية ، ومزج بين نظام النيابة ونظام الإذن السابق أو الإجازة اللاحقة بالنسبة لنقص الأهلية .

هذه خلاصة البحث ، وأرجو أن يوفقنا الله إلى الصواب ؟

فهرس تحليلي لموضوعات الرسالة

صفحة

٧

نمبر

القسم الأول

(الأهلية بوجه عام)

الباب الأول

أهلية الوجوب

- | | |
|----|--------------------------------------|
| ١٧ | الفصل الأول — ماهيتها وتعريفها |
| ١٧ | الأهلية والذمة (الشخصية القانونية) |
| ١٩ | القيود الواردة على أهلية الوجوب |
| ٢١ | الفصل الثاني — أمورها |
| ٢١ | ١ — عند الجنين |
| ٢٢ | هل تجوز الهبة للجنين |
| ٢٤ | ملكية الجنين : طبيعتها وبعديتها |
| ٢٥ | الوصاية على الجنين |
| ٢٦ | إثبات وجود الحمل المستكن |
| ٢٧ | وظيفة الوصي على الحمل المستكن |
| ٢٧ | ٢ — بعد الولادة |

صفحة

٢٨	٣ — بعد الوفاة
٢٩	مظهر بقاء أهلية الوجوب بعد الوفاة
٣٠	إلى أى وقت تستمر أهلية المتوفى
٣٤	٤ — عند الرقيق
٣٤	أسباب وجود الرق
٣٩	أهلية الرقيق
٤٠	أهلية التملك
٤٢	أهلية التعاقد
٤٣	(أ) العبد غير المأذون
٤٦	(ب) العبد المأذون
٤٨	٥ — عند الشخص الاعتبارى

الباب الثانى

أهلية الأداء

٥١	الفصل الأول — ماهيتها وتعريفها
٥٢	تمييز الأهلية عن المسؤولية
٥٦	تمييز الأهلية عن الولاية
٥٨	الفصل الثانى — مناهل الأهلية
٦٠	المبحث الأول — البلوغ
٦٢	١ — الصبي غير المميز
٦٦	٢ — الصبي المميز

صفحة	
٧١	٣ — الصبي المأذون
٧٥	المبحث الثاني — العقل
٨٢	المبحث الثالث — الرشد
٨٤	سن الرشد
٨٦	هل يتوقف الرشد على أمر الحاكم
٨٩	الرشد عند المرأة

القسم الثاني

٩١	عوارض الأهلية
٩٤	طبيعة عوارض الأهلية
٩٦	تمييز عوارض الأهلية عن عيوب الرضا
٩٧	تمييز عوارض الأهلية عن أحوال المنع من التصرف
٩٧	١ — مرض الموت
٩٩	٢ — الرق
١٠١	٣ — الأنونة
١٠١	خلاصة

الباب الأول

١٠٢	الأمراض المؤثرة في العقل
	الجنون والعتة

١٠٢	الفصل الأول — ماهية الجنون
١٠٢	أولا : عند علماء الشرع

صفحة	
١٠٣	التفرقة بين الجنون والعته
١٠٤	ثانياً : في القانون المصرى
١٠٤	ثالثاً : في الطب الحديث
١٠٥	حالات النقص العقلى
١٠٦	حالات الاضطراب العقلى
١١٣	«الفصل الثانى — أمطام الجنون والعته
١١٥	المبحث الأول — في الشريعة الإسلامية
١١٧	المبحث الثانى — في القانون الرومانى
١١٨	المبحث الثالث — في القانون الفرنسى
١١٨	الجنون غير المحجور عليه وغير المحجوز
١٢٠	الجنون المحجور عليه
١٢٣	الجنون المحجوز
١٢٥	المبحث الرابع — في القانون المصرى
١٢٧	الحجر على الجنون والمعتوه
١٢٧	الشروط الواجب توفرها للحجر بسبب الجنون
١٣١	أولاً : تصرفات الجنون أو المعتوه المحجور عليه
١٣١	(أ) التصرفات الصادرة بعد الحجر
١٣٣	(ب) التصرفات السابقة لقرار الحجر
١٣٤	ثانياً : تصرفات الجنون أو المعتوه غير المحجور عليه
١٣٤	(أ) تصرفات الجنون
١٣٥	(ب) تصرفات المعتوه

الباب الثاني

الأمور المؤثرة في الرشد

- | | |
|-----|--|
| ١٣٧ | الفصل الأول — السفه — معناه |
| ١٣٩ | المبحث الأول — الحجر على السفه |
| ١٤٠ | أولاً : عزم تسليم المال للسفيه |
| ١٤٠ | رأى الجمهور |
| ١٤١ | رأى أبو حنيفة |
| ١٤٣ | ثانياً : اختلاف الفقهاء في الحجر على السفه |
| ١٤٣ | حجج مثبتى الحجر |
| ١٤٨ | الرد على الجمهور |
| ١٥٥ | حجج نفاة الحجر |
| ١٥٨ | الحكمة من الحجر على السفه |
| ١٦٢ | السفه في القانون المصرى |
| ١٦٢ | أحكام القضاء المصرى في تحديد السفه |
| ١٦٥ | إشهار الحكم بالحجر على السفه |
| ١٦٧ | إثبات حالة السفه |
| ١٦٨ | رفع الحجر عن السفه |
| ١٧٠ | المبحث الثانى — أهلية السفه |
| ١٧٠ | ١ — فى القانون الرومانى |
| ١٧٠ | ٢ — فى القانون الانجليزى |
| ١٧١ | ٣ — فى القانون الفرنسى |

صفحة

- ١٧٢ أحكام القضاء الفرنسى فى تحديد حالة السفه
١٧٣ الأعمال الواردة فى المادة ٥١٣ مدنى فرنسى
١٧٥ توسع المحاكم فى تفسير هذه الأعمال
١٧٦ وظيفة المساعد القضائى
١٧٨ بطلان التصرفات الصادرة من السفه وحده
١٧٩ ٤ — فى الشريعة الإسلامية والقانون المصرى
١٧٩ عند أبى حنيفة
١٧٩ عند الصاحبين
١٨٠ عند جمهور الأئمة
١٨٠ تقسيم تصرفات السفه إلى مالية وغير مالية
١٨٠ أولاً : التصرفات غير المالية
١٨٣ ثانياً : التصرفات المالية
١٨٤ (أ) تصرفات السفه بعد الحجر عليه
١٨٧ الفرق بين السفه المحجور عليه والصبى المميز
١٨٩ الإذن للسفه بالإدارة
١٩١ (ب) تصرفات السفه قبل الحجر عليه
١٩٤ أثر قرار الحجر على أهلية السفه

الفصل الثانى — الفقه

- ١٩٦ الفعلة والذكاء
١٩٧ تعريف الفعلة فى اصطلاح الأصوليين
١٩٧ اختلاف الفقهاء فى الحجر على ذى الفعلة

صفحة	
١٩٨	تحديد الغفلة في القضاء المصرى
٢٠٠	مقارن بين السفه والغفلة
٢٠١	الفصل الثالث — أهلية النساء
٢٠١	في القانون الرومانى
٢٠٢	في القانون الفرنسى
٢٠٣	في الشريعة الإسلامية
٢٠٤	هل للولى إجبار المرأة على الزواج
٢٠٥	حق المرأة البالغ في تزويج نفسها
٢٠٦	أدلة الجمهور
٢٠٥	أدلة أبو حنيفة
٢٠٩	تأثير الزواج على أهلية المرأة
٢٠٩	في الشريعة الإسلامية
٢١٣	في القانون الرومانى
٢١٣	في القانون الفرنسى
٢١٥	إذن الزوج ورضاه
٢١٨	مدى تأثير النظم المالية في أهلية المرأة
٢١٩	تصرف أحد الزوجين في مال الآخر
٢٢١	الأهلية التجارية للنساء
٢٢٨	خاتمة

المراجع

أولا : في الشريعة الإسلامية

١ - القرآن الكريم والسنة

- ١ - أبو بكر الرازي (الخصائص) - أحكام القرآن ، طبعة ١٣٣٥ هـ .
- ٢ - القرطبي - تفسير القرطبي طبعة ١٣٥٦ .
- ٣ - ابن حنبل (أحمد) - مسنده ، ١٣١٣ هـ ، ستة أجزاء .
- ٤ - الترمذي - السنن ، مطبعة الحلبي .
- ٥ - ابن مطرف الكنعاني - تفسير القرطين ، ١٣٥٥ هـ ، جزآن .
- ٦ - أبو داود - السنن ، مطبعة مصطفى محمد ، أربعة أجزاء .
- ٧ - السيوطي - تنوير الحوالك ، شرح موطأ مالك ، ١٣٤٨ هـ ،
جزءان .
- ٨ - السيوطي - الجامع الصغير من حديث البشير النذير ، ١٣٥٢ هـ ،
جزءان .
- ٩ - السيوطي - الفتح الكبيرة في ضم الزيادة إلى الجامع الصغير ،
١٣٥٠ هـ ، ثلاثة أجزاء .
- ١٠ - مسلم - صحيح الإمام مسلم ، ١٣٣٤ هـ ، ثمانية أجزاء .
- ١١ - النسائي - السنن بشرح السيوطي ، ١٩٣٠ م ، ثمانية أجزاء .
- ١٢ - البخاري - الجامع الصحيح ، مطبعة الحلبي ، مصر ، تسعة أجزاء .

٢ - علم الأصول

- ١٣ - ابن ملك - شرح المنار ، ١٣١٤ هـ .

- ١٤ — البزدوى — كشف الأسرار ، الاستانة ١٣٠٧ هـ ، أربعة أجزاء .
١٥ — البيضاوى — منهاج الوصول إلى علم الأصول ، مطبعة التوفيق ،
ثلاثة أجزاء .
١٦ — الأسنوى — نهاية السؤل شرح منهاج الوصول ، طبع مع منهاج
البيضاوى .
١٧ — العيني (زين الدين عبدالرحمن) — شرح المنار ، بهامش شرح ابن ملك .
١٨ — ابن أمير الحاج — التقرير والتحبير ، المطبعة الأميرية ١٣١٦ هـ .

٣ — الفقه الحنفى

- ١٩ — الكاسانى — بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع — الطبعة الأولى
١٣٢٨ هـ — ١٩١٠ م . مطبعة الجمالية سبعة أجزاء .
٢٠ — الموصلى — المختار وشرحه الاختبار ، مطبعة حجازى ، جزءان .
٢١ — الزيلعى — تبين الحقائق على شرح كنز الدقائق للنسفى ،
بولاى ١٣١٣ — ١٣١٥ هـ ، ستة أجزاء .
٢٢ — الشلبى — حاشية على التبيين للزيلعى .
٢٣ — قاضى سماوه — جامع الفصولين ، المطبعة الأزهرية ، ١٣٠٠ هـ ،
جزءان .
٢٤ — الأستروشنى — أحكام الصغار على هامش جامع الفصولين .
٢٥ — البكرى (المنلا فضيل الجمالى) — آداب الأوصياء بهامش جامع
الفصولين .
٢٦ — السرخسى — المبسوط ، ١٣٣١ هـ ، ثلاثون جزءا .
٢٧ — البغدادى — جمع الضمانات ، المطبعة الخيرية ، مصر ، ١٣٠٨ هـ .
٢٨ — عالمكيز — الفتاوى الهندية ، المطبعة الميمنية ، مصر .

- ٢٩ — قاضيخان — الفتاوى الخانية بهامش الهندية .
- ٣٠ — ابن البراز — الفتاوى البرازية ، مطبوع بهامش الهندية .
- ٣١ — الميرغيناني — الهداية شرح بداية المبتدى ، المطبعة الخيرية
١٣٢٦ — ١٣٢٧ هـ .
- ٣٢ — ابن نجيم (زين العابدين) — الأشباه والنظائر ، المطبعة الحسينية ١٣٣٢ هـ .
- ٣٣ — ابن المهام (كمال الدين) — فتح القدير شرح الهداية ، بولاق ،
١٣١٦ — ١٣١٧ هـ .
- ٣٤ — محمد الحسيني (شيخ الإسلام) — الفتاوى الأقروية ، طبعة بولاق
١٢٨١ هـ .
- ٣٥ — ابن نجيم (زين العابدين) — البحر الرائق شرح كنز الدقائق ،
المطبعة العلمية ، ثمانية أجزاء .
- ٣٦ — البابرتي — شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير
٧ ، ٨ ، ١٣١٧ هـ .
- ٣٧ — البغدادي — مجمع الضمانات ، المطبعة الخيرية ، ١٣٠٨ هـ .
- ٣٨ — الطحطاوي — حاشية على الدر للحصكفي ، الطبعة الثالثة ١٢٨٢ هـ .
- ٣٩ — ابن عابدين (محمد أمين) — العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية
الطبعة الثانية ١٣٠٠ هـ جزآن .
- ٤٠ — ابن عابدين (محمد أمين) — رد المختار على الدر المختار ، الطبعة
الثالثة ، خمسة أجزاء .
- ٤١ — ابن عابدين (محمد أمين) — حاشية منحة الخالق على البحر الرائق ،
بهامش البحر لابن نجيم .
- ٤٢ — ابن عابدين (محمد علاء الدين) — قرّة عيون الأخيار تكملة رد
المختار ، دار السعادة ١٣٢٧ هـ .

٤ — فقه مالكي

- ٤٣ — التسولي (أبو الحسن) — البهجة في شرح التحفة ، مصر ، المطبعة العلمية ، جزآن .
- ٤٤ — التاودي (أبو عبد الله محمد) — حلى المعاصم شرح تحفة ابن عاصم ، بهامش البهجة للتسولي .
- ٤٥ — (ابن عبد الله) — مواهب الجليل ، على شرح سيدي خليل ، مطبعة السعادة ، ١٣٢٨ هـ خمسة أجزاء .
- ٤٦ — خليل (سيدي) — ، مصر ، ١٩٣١ .
- ٤٧ — الخرشي — شرح مختصر سيدي خليل ، المطبعة العاصرة ، ١٣١٦ هـ خمسة أجزاء .
- ٤٨ — المدوي — حاشيته على شرح الخرشي ، بهامش الخرشي .
- ٤٩ — المواق — التاج والإكليل لمختصر خليل ، طبع بهامش الخطاب .
- ٥٠ — ابن جزى — القوانين — القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ١٩٣١ م .
- ٥١ — ابن فرحون — تبصرة الحكم ١٣٠٢ هـ ، جزآن .
- ٥٢ — ابن سلون الكفائي — العقيد المنظم للحكام ، بهامش تبصرة الحكم لابن فرحون .
- ٥٢ — مالك (الإمام) — المرونة الكبرى برواية سحنون ، مطبعة السعادة ١٣٢٣ هـ ، ١٦ جزءاً .

٥ — فقه حنبلي

- ٥٤ — ابن رجب — القواعد في الفقه الإسلامي ، مطبعة الصدق الخيرية ١٩٢٣ م .

٥٥ — ابن قدامة (موفق الدين) — المغنى ، مطبعة المنار ، الطبعة الثانية ،
١٣٤٧ هـ .

٥٦ — ابن قدامة المقدسى (شمس الدين) — الشرح الكبير ، بذيلى المغنى .
٥٧ — منصور محمد بن ادرىس — كشاف القناع على متن الاقناع . أربعة
أجزاء فى ثلاثة مجلدات مصر ١٣٤٩ هـ .
٥٨ — البهوتى (منصور بن يونس) — المربع بشرح زاد المستنقع ،
١٣٥٢ هـ ، جزآن .

٦ — فقہ سافى

٥٩ — الشيرازى (ابو اسحق) — المذهب ، مطبعة الحلبي ١٣٤٣ هـ جزآن .
٦٠ — النووى — المجموع المذهب وتكملة لتقى الدين السبكى ١٢٤٤ هـ .
٦١ — الشافعى — كتاب الام ، ١٣٢٥ هـ ، بولاق ، سبعة أجزاء .
٦٢ — السيوطى — الأشباه والنظائر ، ١٩٣٦ م ، جزآن .
٦٣ — الرافعى — فتح العزيز شرح العزيز ، طبع بذيلى كتاب المجموع للنووى
٦٤ — الغزالى — الوجيز ، ١٣١٧ هـ ، جزآن .
٦٥ — ابن حجر — الحاشية على تحفة المحتاج شرح على المنهاج ١٣٠٤ هـ

٧ — مقارنات

٦٦ — ابن رشد القرطبي — بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الطبعة الثانية
١٣٧٠ هـ — ١٩٥٠ م جزآن فى مجلد واحد .
٦٧ — ابن حزم الأندلسى — المحلى ، ١٣٥٢ هـ ، ادارة الطباعة المنيرية .
١١ جزءاً .

٦٨ — القرافى — الفروق ، الطبعة الأولى ، أربعة أجزاء .

٨ — المراجع الشرعية الحديثة

٦٩ — محمد زيد — شرح الأحكام الشرعية ١٩٤٤ م .

٧٠ — احمد ابراهيم — كتاب الأهلية وعوارضها (غير مبين به الطبعة) .

٧١ — احمد ابراهيم — الالتزامات في الشريعة الإسلامية ١٣٦٣هـ — ١٩٤٤ م .

٧٢ — احمد ابراهيم — التزام التبرعات ، مقال بمجلة القانون والاقتصاد ،
السنة الثانية والثالثة .

٧٣ — احمد ابراهيم — أحكام المرأة في الشريعة الإسلامية ، مقال بمجلة
القانون والاقتصاد السنة السادسة العدد الثاني .

٧٤ — خلاف — أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية
الطبعة الثانية ١٣٥٧ ١٩٣٨ م .

٧٥ — خلاف — علم أصول الفقه ١٩٤٩ م .

٧٦ — الخفيف — كتاب الحقي والذمة ١٩٤٧ — ١٩٤٨ م .

٧٧ — الخفيف — أحكام المعاملات الشرعية ١٩٤٩ م .

٧٨ — الخفيف — فقه الكتاب والسنة ١٩٤٥ م .

٧٩ — أبو زهرة — الملكية ونظرية العقد ١٩٣٩ م .

٨٠ — أبو زهرة — شرح قانون الوصية ١٩٤٧ .

٨١ — أبو زهرة — أحكام التركات والموارث .

٨٢ — أبو زهرة — أحكام الأحوال الشخصية ١٩٤٩ .

٨٣ — المحلاوي — تسهيل الوصول إلى علم الأصول ١٤٤٣هـ ، مطبعة الحلبي .

٨٤ — المحمصاني — النظرية العامة للموجبات والعقود ١٩٤٨ م .

٨٥ — السائس — تفسير آيات الأحكام ١٩٤٩ م .

٨٦ — الجزيري — الفقه على المذاهب الأربعة ، أربعة أجزاء .

٩ — القانون المصرى

- ٨٧ — فتحى زغلول — شرح القانون المدنى المصرى ١٩١٢ م .
٨٨ — السنهورى — الوسيط فى الالتزامات ١٩٥٢ م .
٨٩ — السنهورى — الموجز فى الالتزامات ١٩٤٦ م .
٩٠ — كامل مرسى — الوصية وتصرفات المريض مرض الموت
١٣٦٩ هـ — ١٩٥٠ م .
٩١ — وديع فرج — محاضرات مطبوعة فى الالتزامات ١٩٤٨ م .
٩٢ — أبو ستيت — نظرية الالتزام فى القانون المصرى ١٩٤٥ م .
٩٣ — عبد الحى حجازى — نظرية الحق ١٩٥٠ — ١٩٥١ م .
٩٤ — سليمان مرقص — المدخل للعلوم القانونية ١٩٥٢ م .
٩٥ — شفيق شعاته — النظرية العامة للحق ١٩٤٨ م .
٩٦ — شفيق شعاته — كتاب الأموال .
٩٧ — هاشم مهنا — الموسوعة الحسينية ١٩٤٨ م .
٩٨ — سعد الدين الشريف — الولاية على مال القاصر ١٩٤٢ م .
٩٩ — أمين بدر — الأوراق التجارية ١٩٥٢ م .
١٠٠ — العريف — شرح القانون التجارى ١٩٤٨ م .

١٠ — القوانين والمجموعات والمجلات

- ١٠١ — مجموعة القانون المدنى والأعمال التحضيرية .
١٠٢ — قانون المحاكم الحسينية .
١٠٣ — قانون الولاية على المال رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ م .
١٠٤ — قانون مرشد الخيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، قدرى باشا .

- ١٠٥ — قانون الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، قدرى باشا .
١٠٦ — مجلة الأحكام العدلية .
١٠٧ — مجلة المحاماة .
١٠٨ — مجلة الحقوق .
١٠٩ — مجلة الشرائع .
١١٠ — المجموعة الرسمية .
١١١ — مجموعة أحكام محكمة النقض المدنية .
١١٢ — مرجع القضاء ، عبد العزيز ناصر .
١١٣ — مجلة القانون والاقتصاد .
١١٤ — مجلة التشريع والقضاء المختلطة .
١١٥ — جازيت المحاكم المختلطة .
١١٦ — منتخبات أحكام المحاكم الشرعية للزرقانى .
١١٧ — مجلة علم النفس ، (السنة الثانية ١٩٤٦) .

كتب فى علم النفس والطب

- ١١٨ — الغزالى : مقاصد الفلاسفة .
١١٩ — الغزالى : معارج القدس فى معرفة النفس ، مطبعة السعادة ، مصر .
١٢٠ — ابن سينا : الشفاء ، طبعة طهران .
١٢١ — أبو مدين الشافعى ، الفعل الارادى ، ١٩٤٨ .
١٢٢ — يوسف مراد : مبادئ علم النفس ١٩٤٧ م .

المصادر الافرنجية

- PLANIOL : Traité éléménetaire de droit civil, Paris, 1948.
- PLANIOL, RIPERT : Traité pratique de droit civil français
1934.
- AUBRY et ROUX : Cours de droit civil français, Paris, 1917.
- BOUDRY-LA CANTENERIE : Traité theorique et pratique
de droit civil 1907.
- COLIN ET CAPITHINT : Cours élémentaire de droit civil
français, 1926.
- ANCEL : Traité de la capacité civile de la femme mariée
Paris, 1938.
- JOSSERAND : Cours de droit civil Positif français, Paris,
1934.
- JULLIOT DE LA MORANDIERE : Précis de droit Commercial,
8^e edit, 1945.
- CODE civil français.
- SIRFY. Recueil Général.
- DALLOZ Repertoire pratique.
- MONIER : Manuel élémeneaire de droit romain, 1945.
- GIRAR : Manuel élémentaire de droit romain, 1929:

